Vergleich zwischen der vorgemerkten Kaufsachforderung, dem obligatorischen und dem dinglichen Vorkaufsrecht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg i. E.

vorgelegt von

Hans Schott
Referendar aus Handschuhheim bei Straßburg i. E.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Approbiert am 24. Juli 1914.

Druck von Robert Noske, Borna-Leipzig
Großbetrieb für Dissertationsdruck
1916.

Referent: Professor Dr. Kisch.

Dem Andenken meiner Mutter
und meinem Vater.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548024_0037

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung.

§ 1. Der wirtschaftliche Zweck der Vormerkung einer Kaufsachforderung und der Vorkaufsrechte 1
§ 2. Umgrenzung des Gegenstandes und Art der Behandlung . . 3

B. Abhandlung.

I. Begriff und Konstruktion der zu vergleichenden Rechte.
§ 3. 1. Des obligatorischen Vorkaufsrechtes 6
§ 4. 2. Der vorgemerkten Kaufsachforderung 11
§ 5. 3. Des dinglichen Vorkaufsrechtes 14

II. Vergleichende Darstellung der Rechte.
1. Die Begründung.
§ 6. a) Die bei Begründung unmittelbar mitwirkenden Faktoren (Elemente der Begründung) 16
§ 7. b) Die einzelnen Stadien der rechtsgeschäftlichen Begründung (Weg der Entstehung) 21
§ 8. c) Sonstige Modalitäten der rechtsgeschäftlichen Begründung, insbesondere Form 23
2. Betroffene Objekte und beteiligte Subjekte.
§ 9. a) Die betroffenen Objekte 30
§ 10. b) Die bei der Begründung beteiligten Subjekte 33
3. Übergang auf ein anderes Subjekt.
§ 11. a) Übergang der Rechte 35
§ 12. b) Wechsel auf der Passivseite 40
§ 13. 4. Veränderung der Rechte 42
§ 14. 5. Beendigung der Rechte 44
6. Wirkungen der Rechte.
a) Vor Abschluß eines Verpflichtungsgeschäfts mit dem Dritten.
§ 15. aa) Materielle Wirkungen 54
§ 16. bb) Prozessuale Wirkungen 56
§ 17. b) Nach Verpflichtung, aber vor Verfügung an den Dritten 59
c) Nach Verfügung an den Dritten.
§ 18. aa) Wirkungen zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem (Gläubiger und Schuldner) 62
§ 19. bb) Wirkungen zwischen Berechtigtem (Gläubiger) und Drittem 67
§ 20. cc) Wirkungen zwischen Verpflichtetem (Schuldner) und Drittem 70

Literaturverzeichnis.

Bendix, Vorkauf und Wiederkauf als Gegenstand der Vormerkung. In der Juristischen Wochenschrift 1904 S. 601 f.

Biermann, Widerspruch und Vormerkung. In den Abhandlungen zum Zivilrecht und Zivilprozeßrecht von Fischer Bd. 8 Heft 22. 1901.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1903. (zit.: Biermann, Sachenrecht.)

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3. 1905.

Blum, Veräußerungsverbot und Vormerkung. Breslau 1906.

Böhm, Das materielle und formelle Grundbuchrecht. Hannover 1898.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1910/11.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2 u. 3. 1902 u. 1904.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Halle 1901.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1903—1905.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 1. 1900.

Fischer-Henle, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1904.

Fuchs, Grundbuchrecht. Bd. 1. Berlin 1902.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1901.

Gierke, Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs und deutsche Rechte.

Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes. 1897. (zit.: Gierke, Fahrnisbesitz.)

Hilscher, Die Unterschiede des dinglichen Vorkaufsrechtes von dem durch Vormerkung gesicherten obligatorischen Vorkaufsrechte bei Grundstücken nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1903.

Jaeckel, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung v. 24. 3. 1897. Berlin 1901.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 3./4. Aufl. 1913.

Immerwahr, Das dingliche Vorkaufsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 40 S. 280 ff.

Katz, Zur Lehre vom Vorkaufsrecht. Erlangen 1898.

Kayser, Das Wesen des Vorkaufsrechtes im Bürgerlichen Gesetzbuch. 1912.

Keetmann, Das persönliche und dingliche Vorkaufsrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903.

Kisch, Unmöglichkeit der Erfüllung. Jena 1900.

Kisch, Elsaß-lothringisches Landesprivatrecht. Halle 1905. (zit.: Kisch, E.-L. PrivR.)

Frhr. v. Knöringen, Der Begriff des dinglichen Rechtes am obligatorischen und dinglichen Vorkaufsrechte erläutert. 1908.

Kretzschmar, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1901.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1906. (zit.: Kretzschmar, Sachenrecht.)

Lewandowski, Unterfällt der Vorkaufsvertrag in Ansehung eines Grundstückes der Formvorschrift des § 313 BGB. 1909. (Auch erschienen in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes 1909 S. 565 ff.)

Laue, Begriff und Wesen des Vorkaufsrechts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1905.
Leyser, Die rechtliche Natur der Vormerkung im Bürgerlichen Gesetzbuch. 1904.
Männer, Das Recht der Grundstücke nach Bürgerlichem Gesetzbuch. 1899.
Mathiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1900.
Meisner, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. u. 3. Buch. Breslau 1898 u. 1901.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1909.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. 1900.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 1910.
Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung. 1902.
Pauls, Das dingliche und persönliche Vorkaufsrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in vergleichender Darstellung. 1910.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 1906—1908.
Predari, Die Grundbuchordnung. 1900.
Reichel, Die Vormerkung im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik 1904 S. 59 ff.
Reuß, Vergleichung des persönlichen und dinglichen Vorkaufsrechtes. 1902.
Rudert, Das Vorkaufsrecht der Miterben im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. 1912.
Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts. In der Festgabe der Juristischen Gesellschaft in Berlin für den Reichsbankpräsidenten Koch S. 205 ff. 1903.
v. Seeler, Miteigentum. Halle 1899.
Sohm, Der Gegenstand. 1905.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7./8. Aufl. 1912.
Strecker, Die allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken. 1898.
Strohal, Das deutsche Erbrecht. 1904.
Strohal, Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zustatten? Dekanatsprogramm 1904. (zit.: Strohal, Dekanatsprogramm.)
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. Paderborn 1900.
Winkler, Das dingliche Vorkaufsrecht. 1905.
Wittmaack, Das limitierte Vorkaufsrecht. Im Recht 1906 S. 465—473.
Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts von Enneccerus, Kipp, Wolff: Das Sachenrecht. 1910.
Wolff, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Im Kommentar zu den Nebengesetzen 1901. (zit.: Wolff, ZVG.)

Die Deutsche Juristenzeitung.
Die Juristische Wochenschrift.
Die Zeitschrift Das Recht.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan-Falkmann.
Soergel, Rechtsprechung.

§ 1.

Der wirtschaftliche Zweck der Vormerkung und der Vorkaufsrechte.

Unsere heute geltende Rechtsordnung hat als Rückgrat allen wirtschaftlichen Verkehrs die inhaltlich unbeschränkte Herrschaft der Einzelperson über Sachen und Rechte anerkannt. Daraus folgt ein Doppeltes: Während der Dauer meiner Herrschaft kann ich bis zum letzten Augenblick derselben nach freiem Belieben bestimmen, ob und an wen diese Herrschaft übergehen soll. Andererseits kann sich mein Nachfolger darauf verlassen, daß nur ich darüber zu bestimmen habe; kein Dritter hat das Recht, ihm die erlangte Herrschaft zu entreißen.

Wie ich nun aber während der Dauer meiner Herrschaft diese freiwillig in weitgehendem Maße, z. B. durch Bestellung eines Nießbrauchs, einschränken und anderen den wirtschaftlichen Mitgenuß gestatten kann, so kann ich mich auch meiner Freiheit über die Bestimmung meines Nachfolgers schon zu meinen Herrschaftszeiten begeben. Beidemal kann ich auch wider meinen Willen durch Gesetz und behördliche Anordnung eingeschränkt werden.

Unter den mannigfachen Sicherungsmitteln nun, die in der Hand des Dritten meine Bestimmungsfreiheit in der Auswahl meines Nachfolgers einengen, gibt es einmal solche, die den betreffenden Gegenstand nur mittelbar, auf dem Umweg über meine Person erfassen, bloß obligatorisch wirken, z. B. Abschluß eines pactum de vendendo, eines Kaufvertrages,[1]) Vereinbarung eines Veräußerungsverbotes,[2]) Einräumung eines obligatorischen Vorkaufsrechtes.[3]) Andere dagegen knüpfen außerdem das Schicksal der Sache unter Eliminierung jeder Mittelsperson unmittelbar an den Willen des Dritten, wirken zugleich dinglich, z. B. die Auferlegung eines gesetzlichen[4]) oder richterlichen[5]) Veräußerungsverbotes, Sicherung des obligatorischen

---

[1]) BGB. § 433.
[2]) BGB. § 137.
[3]) BGB. §§ 504 ff.
[4]) BGB. § 135.
[5]) BGB. § 136.

Anspruchs durch eine Vormerkung,[6]) Belastung mit einem dinglichen Vorkaufsrechte.[7])

Diesem Gebiete ist nun unsere Darstellung entnommen. Es sollen indessen lediglich die Vormerkung für eine Kaufsachforderung und das Vorkaufsrecht in seinen beiden Ausgestaltungen zur Behandlung kommen, und zwar in vergleichender Darstellung.

Zunächst ein Wort der Rechtfertigung, warum wir gerade diese Institute herausgreifend zusammenfassen, andere dem oben dargelegten Zwecke dienende Einrichtungen des geltenden Rechtes dagegen von der Darstellung ausschließen. Es geschah dies aus zwei Gründen: einmal, weil diese Institute ihrem wirtschaftlichen Zwecke nach wieder ganz eng zusammengehören, und dann, weil ihre rechtliche Regelung im geltenden Rechte eng ineinandergeschlungen ist.

Der erste Punkt wird am besten an der Hand eines Beispiels erläutert.

Gesetzt, ich habe ein Interesse daran, daß mein Nachbar A sein Grundstück nicht an einen mir unliebsamen Dritten veräußert, oder aber ich möchte für alle Fälle, ganz abgesehen von der Person eines etwaigen Erwerbers, selber Eigentümer werden.

Bin ich nun willens und in der Lage, das Grundstück sofort zu erwerben, so schließe ich einen Kaufvertrag ab und lasse es mir übereignen.

Nun ist es jedoch denkbar, daß ich noch nicht kaufen will oder kann (mein Nachbar will noch nicht verkaufen). Dann kann ich meinen Zweck durch Einräumenlassen eines Vorkaufsrechtes erreichen. Verkauft der Nachbar doch an einen Dritten, so bin ich dann berechtigt, in der Spanne zwischen Abschluß dieses Kaufvertrages und Veräußerung an den Dritten „mein Vorkaufsrecht auszuüben“ (jus protimiseos).[8]) Lasse ich allerdings diese Zeit verstreichen, so kann ich mich nur an den A halten.

Deshalb kennt das Gesetz das die Sache auch unmittelbar erfassende dingliche Vorkaufsrecht. Hier kann ich die Sache auch noch nachher an mich ziehen[9]) (jus retractus).[10])

---

[6]) BGB. §§ 883 ff.
[7]) BGB. §§ 1094 ff.
[8]) BGB. § 504.
[9]) BGB. §§ 1098 Abs. 2, 883 Abs. 2, 888.
[10]) Doch hat bloß das Miterbenvorkaufsrecht die Natur des Retraktes gewahrt.

Denkbar ist es aber auch, daß mein Nachbar zwar sein Grundstück mir sofort verkaufen, aber noch nicht übereignen kann oder will. Der Kaufvertrag ist etwa bloß bedingt abgeschlossen; oder zwar unbedingt, die Übereignung soll aber von der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises abhängig gemacht werden. Da nun aber das geltende Recht eine bedingte oder befristete Übereignung bei Grundstücken nicht kennt,[11]) müßte ich in der Zwischenzeit wehrlos zusehen, wie A das Grundstück einem anderen verkauft und übereignet. Hiergegen schützt mich die Eintragung einer Vormerkung ins Grundbuch[12]) kraft ihrer dinglichen Wirkung.[13])

Vorkaufsrecht und Vormerkung haben also die gemeinsame Tendenz, den Übergang des Grundstücks aus der Herrschaft des A in die des B zu sichern, entweder das jetzt noch nicht gewünschte Zustandekommen eines glatten Kaufes sicherzustellen, oder aber eine jetzt noch nicht gewünschte oder mögliche Übertragung des Eigentums zu verbürgen. Es soll beidemal ein Hindernis, das vorläufig noch nicht weggeräumt werden kann oder soll, wenigstens überbrückt werden; bezweckt wird eine Bindung mit vorläufiger Trennung oder eine Bindung trotz vorläufiger Trennung. Beide Institute, Vorkaufsrecht und Vormerkung, schaffen also ein Provisorium; darin besteht ihr Gepräge; sie bilden begrifflich entbehrliche, gewöhnlich auch fehlende, rein akzidentale Stationen auf dem Wege des Überganges des Grundstückseigentumes von A auf B.

Zum andern rechtfertigt sich eine gemeinschaftliche Darstellung der Institute durch die ineinandergeschlungene rechtliche Regelung, die ihnen daß Bürgerliche Gesetzbuch angedeihen läßt. Statt alles weiteren sei vorderhand auf den § 1098 BGB. hingewiesen, wonach es den Anschein haben könnte, als wirke das dingliche Vorkaufsrecht lediglich wie das obligatorische Vorkaufsrecht und eine Vormerkung zusammengenommen.[14])

§ 2.

Umgrenzung des Gegenstandes und Art der Behandlung.

Es soll in der Einleitung noch unser Gegenstand nach allen Seiten abgegrenzt werden und sodann die Art der Dar-

[11]) BGB. §§ 925, 873.
[12]) BGB. § 883 Abs. 1.
[13]) BGB. §§ 883 Abs. 2, 888.
[14]) Über die Unterschiede handelt Hilschers Arbeit.

stellung dargelegt werden. Zunächst ist das dingliche Vorkaufsrecht der Miterben auszuschließen (BGB. §§ 2034—2037), da es nicht an konkreten Einzelobjekten, sondern am Erbschaftsanteile, also einem Komplex von Sachen, Rechten und Pflichten besteht. Bei der eigenartigen Regelung desselben als echtes Retraktrecht würde sich lediglich eine Belastung der Darstellung ergeben, ohne daß entsprechende Vorteile für den Vergleich herausspringen würden.

Was die Abgrenzung gegen die oben erwähnten, ihrer Zweckbestimmung nach verwandten Institute des geltenden Rechts angeht, so weisen ihrer Zweckbestimmung nach die hier behandelten Gegenstände große Ähnlichkeit mit dem pactum de vendendo auf. Hat man doch auch die Bestellung eines Vorkaufsrechtes geradezu als Abschluß eines Vorvertrags mit spezieller gesetzlicher Regelung konstruiert.[1]) Das pactum de vendendo nimmt jedoch nicht an der eng verschlungenen gesetzlichen Regelung der obigen Institute teil.

Vom Kaufvertrage heben sie sich dadurch ab, daß dieser ein unentbehrliches, essentielles Glied in der Reihe der Eigentumsübertragungsvorgänge darstellt, eine Station, die ohne Nachteil nicht übersprungen werden darf, soll nicht Bereicherungsklage Platz greifen.[2]) Mit dem Kaufvertrage gemeinsam ist ihnen, daß auch dieser nicht Selbstzweck ist, keinen Ruhezustand darstellt.

Am meisten springt der scharfe Gegensatz zwischen Veräußerungsverbot und den hier behandelten Rechtseinrichtungen in die Augen. Jenes wirkt bloß negativ, dagegen hat die Vormerkung sowie das Vorkaufsrecht eine negative und eine positive Seite. Während bei der Vormerkung die negative Seite mehr hervorsticht, da man ja die positive Wirkung unter normalen Verhältnissen auch ohne sie durch Geltendmachung des ihr zugrundeliegenden Anspruchs erreichen kann, kommt beim Vorkaufsrecht der positiven Wirkung mindestens gleiche Bedeutung zu. Es ist demnach unvollständig, zu sagen: „der wirtschaftliche Zweck des Vorkaufsrechtes ist die Sicherung einer Person gegen unliebsamen Eigentumsübergang".[3]) Schon die Bezeichnung „Vorkaufsrecht" betont den Vorkauf, die positive Wirksamkeit für den Berechtigten. Und viele Vorkaufsrechte werden lediglich in der Absicht begründet, die Sache

---

[1]) Die sogen. Vorvertragstheorie.

[2]) BGB. § 812.

[3]) Kayser S. 5; Immerwahr S. 317; Mot. Bd. 3 S. 450 f. Wohlweislich aber verweist § 1098 Abs. 2 auf die Vormerkung, nicht auf das Veräußerungsverbot.

oder das Recht möglichst bald selbst zu erwerben, wobei die Frage, wer in der Zwischenzeit Eigentümer ist, ohne jegliches Interesse bleibt. Allerdings ist zuzugeben, daß sich bei der Natur des Vorkaufsrechts als unerwünschte, nicht aber als bezweckte Folge eine Lähmung der Kauflust ergibt, daß das Vorkaufsrecht einem Veräußerungsverbote oft nichts nachgibt.

Wie die verwandten Institute des geltenden Rechtes sollen auch die Vorgänger der behandelten Gegenstände in den früher geltenden Rechten unberücksichtigt bleiben, obwohl ja die Betrachtung des Zusammenspieles von römischem und deutschem Recht gerade beim Vorkaufsrecht sehr lehrreich und für das Verständnis der heute geltenden Ausgestaltungen desselben wertvoll ist.

Ebensowenig soll das heute noch geltende Landesrecht der deutschen Einzelstaaten zur Darstellung kommen. Soweit das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch derartige vor 1900 begründete Rechte herübergerettet hat,[4]) regelt sich deren Inhalt nach Landesrecht. Andererseits bleibt es diesem allerdings unbenommen, innerhalb des ihm vorbehaltenen Privatrechtsgebietes (oder im öffentlichen Rechte) Vorkaufsrechte oder ähnliche Institute zu schaffen.[5]) Aber auch auf sie finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches ipso jure nicht Anwendung,[6]) so daß es sich schon im Interesse der Übersichtlichkeit empfiehlt, auch dieses Gebiet auszuscheiden.

Auch außerdeutsches Recht soll außer Betracht bleiben; zur Darstellung kommt bloß das heute geltende Recht des Deutschen Reichs. Nur gelegentlich wird zur besseren Exemplifizierung oder des Gegensatzes halber auf die eben ausgeschlossenen Gebiete zu verweisen sein.

Was die Art der Darstellung angeht, so muß zuvörderst kurz auf den Begriff und die Konstruktion der zu vergleichenden Institute eingegangen werden, zumal soweit jene als Ausgangspunkte für die nachfolgende vergleichende Darstellung wichtig werden und nicht für diese selbst aufgespart werden können. Letztere ist in Abschnitte geteilt, deren Einteilungsgesichtspunkt sich aus der Inhaltsübersicht ergibt, und deren jeder das Einschlägige der drei Institute nebeneinander enthält. Dabei

---

[4]) z. B. bleibt nach Art. 179 EG. z. BGB. das jus ad rem des ALR. bestehen.

[5]) Dies kommt besonders vor bei Agrarreformen, z. B. bei Flurbereinigung. Ein Beispiel das bayr. Gesetz über die Güterzertrümmerung v. 13. 8. 1910.

[6]) Kisch, E.-L. Priv.R. S. 378 Anm. 3; vgl. EG. z. BGB. Art. 3, aber auch Mot. Bd. 2 S. 345.

sind Kongruenzen und Divergenzen derselben dann eingehender behandelt, wenn sie sich aus dem innersten Wesen der Gegenstände ergeben, oder soweit es sich um praktisch wichtige Streitfragen handelt; mehr akzidentale und nebensächliche Punkte sind dagegen oft bloß erwähnt.

§ 3.

Rechtliche Natur des obligatorischen Vorkaufsrechts.

Unser Bürgerliches Gesetzbuch behandelt das obligatorische Vorkaufsrecht unter der Überschrift „Vorkauf“ im Recht der Schuldverhältnisse (§§ 504—514), das dingliche dagegen im Sachenrecht (§§ 1094—1104).

Trotzdem ist, wie gleich hier festgestellt werden mag, das Wesen des Vorkaufsrechts im heutigen Recht ein einheitliches.[1]) Beidemal ist Begriff des Vorkaufsrechtes derselbe; das dingliche Vorkaufsrecht stellt sich als bloße Modifikation des obligatorischen dar.[2]) Dem widerspricht keineswegs die geschichtliche Entwicklung, die, allerdings von entgegengesetzten Polen ausgehend, zur Einheitlichkeit des Vorkaufsrechts geführt hat.[3]) Denn das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich nicht einfach damit begnügt, die grundverschiedenen Institute zu kodifizieren, sondern hat die übrigen Vorkaufsrechte an das obligatorische angelehnt. Nur so versteht man, daß die Bestimmungen des obligatorischen Vorkaufsrechts in das dingliche ausdrücklich aufgenommen sind.[4]) Das Gesetz fügt bloß Sonderbestimmungen hinzu; es handelt sich also um verschiedene Erscheinungsformen, um Variationen, Spielarten desselben Rechtes. Vom obligatorischen Vorkaufsrecht aber ist auszugehen.[5])

Es sind zwei Begriffe auseinanderzuhalten, Vorkaufsrecht und Vorkauf,[6]) die nach § 505 Abs. 2 in derartiger Beziehung zueinander stehen, daß durch Ausübung des Vorkaufsrechtes der Vorkauf zustande kommt. Der Vorkauf ist demgemäß das durch Ausübung des Vorkaufsrechts hervorgebrachte Rechtsverhältnis;

---

[1]) Anders Crome S. 493; Oertmann S. 492.

[2]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 345, Bd. 3 S. 450f.

[3]) Zur Geschichte vgl. Katz §§ 2—4; Keetmann § 1; Pauls § 1; Reuß § 1.

[4]) BGB. § 1098 Abs. 1.

[5]) Die §§ 504—514 finden trotz Fehlens einer ausdrücklichen Bestimmung, schon aus praktischer Notwendigkeit, auch beim Miterbenvorkaufrechte subsidiäre Anwendung. Vgl. Staudinger Bd. 5 S. 302; Strohal Bd. 2 S. 99ff.

[6]) Diese beiden Begriffe vermengt z. B. Immerwahr S. 282: „Das obligatorische Vorkaufsrecht ist eine besondere Art des Kaufs“.

das Vorkaufsrecht umgekehrt das Recht, einen Vorkauf zustande zu bringen (nicht etwa das Recht aus dem zustande gebrachten Vorkauf). Da die Ausübung des Vorkaufsrechtes nach § 504 an den Verkauf des Gegenstandes an einen Dritten geknüpft ist, so ergeben sich naturgemäß drei Entwicklungsphasen[7]):

1. Das Vorkaufsrecht wird dem „Vorkaufsberechtigten“ (auch Berechtigter genannt) eingeräumt, es wird begründet.
2. Der „Verpflichtete“ verkauft an den „Dritten“, das Vorkaufsrecht wird zu einer unbedingten Befugnis.
3. Die Ausübung des Vorkaufsrechtes erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Verpflichteten (§ 505), der Vorkauf kommt zustande.

So klar nun die Natur des Vorkaufs ist, da das Gesetz ihn selbst als „Kauf zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten“ hinstellt, so bestritten ist jedoch die Art und Weise, wie das Zustandekommen dieses Kaufes eigentlich zu denken sei, wie der Begründungsvertrag und das durch ihn eingeräumte Vorkaufsrecht zu konstruieren sei. Dieser Streit ist dadurch ermöglicht, daß die Natur des Vorkaufsrechts aus dem Gesetze selbst nicht ohne weiteres zu entnehmen ist. Auch die Hilfsmittel der Motive und Protokolle versagen und überlassen die Regelung ausdrücklich der Wissenschaft.[8])

Die Mehrzahl der Theorien nun steht auf dem Standpunkt, daß der Vorkauf ein auf Vertrag beruhendes Schuldverhältnis sei (Vertragstheorien). Ihnen tritt, namentlich in neuester Zeit verteidigt,[9]) gegenüber die Gestaltungsrechtstheorie; sie verzichtet auf jede vertragliche Grundlage, der Vorkauf entsteht durch eine einseitige Willenserklärung; diese stellt sich dar als Ausübung des im Bestellungsvertrage eingeräumten Gestaltungsrechtes, der Befugnis, einseitig ein Kaufverhältnis zu schaffen.

Wir eignen uns hier die Theorie des bedingten Kaufvertrags an[10]) und glauben, daß die Gestaltungsrechtstheorie konstruktiv unnatürlich, in ihren praktischen Resultaten aber unhaltbar ist. Das soll zum Teil schon hier eingangs dargelegt werden; aber auch die folgende Darstellung wird es des öftern hervortreten lassen.

---

[7]) vgl. Dernburg, Bd. 2, 2 S. 88.

[8]) Mot. Bd. 2 S. 346 f.; Prot. Bd. 1 S. 459, 463 ff.; vgl. aber Prot. Bd. 2 S. 99.

[9]) Vor allem durch Lewandowski, Kayser, Seckel, Sohm.

[10]) Diese wird z. B. vertreten von Crome Bd. 2 S. 494; Enneccerus-Lehmann Bd. 1 S. 535; Neumann Bd. 1 S. 411; Reiche Bd. 1 S. 93; Staudinger Bd. 2, 1 S. 726. Sie ist herrschende Ansicht.

Zuvor müssen wir uns aber kurz mit unseren eigenen Bundesgenossen, den übrigen Vertragstheorien, auseinandersetzen. Auf sie soll dann nicht mehr zurückgekommen werden.

Die Eintrittstheorie[11]) gibt dem Vorkaufsberechtigten die Befugnis, an Stelle des Dritten, des Käufers, in den Kaufvertrag einzutreten. Mit der Erklärung des Berechtigten vollzieht sich eine cessio legis.

Schon die Protokolle[12]) halten diese Ansicht für indiskutabel. Zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Dritten bestehen ja keine Rechtsbeziehungen obligatorischer Natur. Nach BGB. § 505 soll auch mit Abgabe der Erklärung der Vorkauf erst zustande kommen, nicht etwa ein schon zustandegekommenes Rechtsverhältnis übergehen. Auch würde die Anwendung der §§ 412, 398 ff. BGB. zu unannehmbaren Resultaten führen: Hypotheken, Pfandrecht, Bürgschaften, die dem Dritten haften, würden auch dem Vorkaufsberechtigten zugute kommen; diesem könnte der Verpflichtete alle Einreden, die ihm gegen den Dritten zur Verfügung stehen, entgegenhalten, z. B. Kennen des Mangels, pactum de non praestando usf. Dazu kommt, daß der Fall der cessio legis im Gesetz immer ausdrücklich hervorgehoben wird.[13])

Nach der Offertentheorie[14]) erhält der Vorkaufsberechtigte durch den Begründungsvertrag das Recht, die ihm hierdurch gemachte Vertragsofferte nach Verkauf an den Dritten durch einseitige Erklärung anzunehmen. Will man den Begriff des Gestaltungsrechtes so weit fassen, so kann man auch hier von einem solchen sprechen. Die Ausübung dieses Annahmerechts schafft aber nicht einseitig den Vorkauf, wie dies bei der Gestaltungsrchtsetheorie der Fall ist, sondern durch Verschmelzung von Offerte und Annnahme kommt die Wirkung zustande, und zwar ist diese Wirkung ein Vertrag.

Mit der Offertentheorie steht der Umstand in Widerspruch, daß BGB. § 147 die zeitliche Gebundenheit an eine Offerte begrenzt. Eine zeitlich unbeschränkte und unter Umständen mehrere Generationen bindende Offerte entspricht nicht den Absichten des Gesetzbuches. Ferner wird ein Vorkaufsrecht

---

[11]) Kretzschmar, Sachenrecht S. 405. Heute allgemein aufgegeben.
[12]) Prot. Bd. 2 S. 101.
[13]) z. B. BGB. §§ 268 Abs. 3, 426 Abs. 2, 774 Abs. 1 Satz 1; vgl. HGB. §§ 25, 28.
[14]) Endemann Bd. 1 S. 1016 Anm. 38. Bd. 2 S. 695 spricht er allerdings von bedingtem Anspruche; Planck Bd. 2, 1 S. 726; Männer S. 344 Anm 4.

nach allgemeiner Ansicht durch Vertrag eingeräumt, eine Offerte dagegen ist ein einseitiges Rechtsgeschäft.

Die Ermächtigungstheorie behauptet, das Vorkaufsrecht sei „die auf Ermächtigung beruhende Machtbefugnis, durch einseitige (den Verkaufswillen des Verpflichteten mitumfassende) Erklärung, zwischen sich und dem Verpflichteten einen Kaufvertrag abzuschließen".[15]) Indessen kennt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht den einheitlichen Begriff der Ermächtigung als einer stets den Interessen des Ermächtigten dienenden, unwiderruflichen und vererblichen Abart der Vollmacht.[16]) Dazu ist es im Hinblick auf § 181 BGB. nicht unbedenklich, einen gesetzlichen Selbstkontrahierungsfall aufzustellen. Von vornherein erscheint aber diese Konstruktion als durchaus unnatürlich und gekünstelt.

Die Vorvertragstheorie endlich[17]) sieht den Begründungsvertrag an als einen auf Abschluß eines Kaufvertrages hinzielenden Vorvertrag; hierbei wird die zum Abschlusse des Hauptvertrages nötige Annahme des Verpflichteten nach Analogie von § 894 ZPO. fingiert. Diese Theorie leidet daran, daß sie gerade das, was sie nicht erklären kann, in willkürlicher Weise und unter Zuziehung einer gar nicht vorhandenen Analogie fingiert.

Nach der hier vertretenen Theorie des bedingten Kaufvertrags stellt sich der Einräumungsvertrag dar als ein doppelt bedingter Kaufvertrag, der zum unbedingten Kaufe gewandelt wird durch Eintritt der beiden Bedingungen, des Verkaufs an den Dritten und der Ausübung des Vorkaufsrechtes.

Das Vorkaufsrecht aber ist das von einer Person (dem Verpflichteten) unter Abschluß eines doppelt bedingten Kaufvertrages (Einräumungsvertrag) dem anderen (Berechtigten, Vorkaufsberechtigten) gewährte Recht, das aus diesem Vertrage sich ergebende Rechtsverhältnis des bedingten Kaufes nach Eintritt der einen Bedingung (Verkauf an den Dritten, Vorverkauf) durch Herbeiführung der anderen Bedingung (Erklärung an den Verpflichteten) in ein unbedingtes Kaufverhältnis (Vorkauf) umzuwandeln, wobei Rechte und Pflichten zwischen Vorverkäufer und Vorkäufer[18]) sich nach dem Inhalte des Vorverkaufsvertrages bestimmen.

Daß ein Kauf nicht einseitig ins Leben gerufen werden könne, dafür streitet, möchte man sagen, die Vermutung.

---

[15]) Laue S. 24ff.

[16]) vgl. z. B. BGB §§ 112, 783; Lewandowski S. 15—18.

[17]) Dernburg Bd. 2 S. 109ff.

[18]) Diese Ausdrücke stammen von Cosack Bd. 1 § 132, er gebraucht sie gleich vom Einräumungsvertrage an, das Gesetz überhaupt nicht.

Die Richtigkeit unserer Konstruktion ergibt sich auch aus der Terminologie des Gesetzes. Es spricht gleich vom Einräumungsvertrage ab vom „Verpflichteten". Die Gestaltungsrechtstheorie weiß damit nichts anzufangen und kommt zu den merkwürdigsten Erklärungen.[19]) Gegen uns wird angeführt, das Gesetz spreche nicht vom Vorkaufsverpflichteten, sondern vom Verpflichteten, also existiere kein Vertrag.[20]) Die Tatsache stimmt, doch ist die Konsequenz falsch gezogen. Vom Vorkaufsverpflichteten zu sprechen, kann auch von unserm Standpunkte aus dem Gesetz nicht zugemutet werden. Der Verpflichtete entspricht ja nicht dem Vorkaufsberechtigten, dem zum Vorkauf Berechtigten, sondern dem aus dem bedingten Kaufe und nachher **aus** dem Vorkaufe Berechtigten. Dem Vorkaufs**rechte**, wie es oben definiert, entspricht keine Vorkaufs**pflicht**. Das wäre nur dann etwa der Fall, wenn der Verpflichtete zum Abschluß des Vorverkaufs verpflichtet wäre, oder verpflichtet wäre, bei Herbeiführung der Potestativbedingung mitzuwirken, was ja unsinnig ist.

Dagegen besteht von Anfang an eine Pflicht aus dem bedingten Kaufe, fernerhin eine Mitteilungspflicht. Diese kann die Gestaltungsrechtstheorie wiederum nicht befriedigend erklären.

Wenn ferner die Protokolle Bd. 2 S. 99, aus ihrer sonstigen Reserve herausgehend, für den Einräumungsvertrag bei Grundstücken die Form des § 313 BGB. verlangen, so stehen sie damit auf dem Boden unserer Theorie. Nach der Gestaltungsrechtstheorie wird eine solche Form lediglich für den Verkauf an den Dritten verlangt. Man stelle sich nun ein Rechtssystem vor, das zwar den Verpflichtungsvertrag an Grundstücken formalisiert, die Ausübung des Vorkaufsrechts dagegen wie das gemeine Recht an die bloße Verkaufsabsicht des Verpflichteten knüpft. Dadurch würde am Wesen des Vorkaufsrechts nichts geändert, die gegnerische Theorie jedoch unhaltbar; denn nach ihr ginge das Eigentum in diesem Falle formlos über.[21])

Es fällt schließlich leicht, eine Potestativbedingung als Gestaltungsrecht zu konstruieren; die Konsequenzen müssen aber haltbare sein. Zudem gibt z. B. Kayser S. 39 bei dem ohnehin nicht scharf umrissenen Begriff des Gestaltunsrechtes[22]) über-

---

[19]) Ein Muster dafür Kayser S. 31.
[20]) Kayser S. 30f.
[21]) vgl. § 8, 3b aa.
[22]) Bedeutend weiter faßt den Begriff z. B. Seckel S. 210 als Sohm S 11.

dies zu, daß man das Vorkaufsrecht wohl besser bloß „ein nach Art der Gestaltungsrechte wirkendes Recht“ nenne.

Diese Beispiele mögen hier genügen. Manche Angriffe weisen sich von selbst zurück, so der Vorwurf, ein si-volet-Vertrag sei eine contradictio in adjecto,[23]) durch den Hinweis aufs Wiederkaufsrecht und den Kauf auf Probe. Weiteres sei der Darstellung vorbehalten.

§ 4.

Rechtliche Natur der vorgemerkten Kaufsachforderung.

Die Vormerkung ist im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt in den §§ 883 bis 888. Der Begriff ergibt sich aus § 888 Abs. 1. Sie ist eine Eintragung ins Grundbuch zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung, Aufhebung oder Änderung von dinglichen Rechten. Durchgeführt wird diese Sicherung dadurch, daß eine gegen die Vormerkung verstoßende Verfügung des Schuldners dem Vorgemerkten gegenüber unwirksam ist, als nicht vorgenommen gilt (§ 888 Abs. 2) und der Dritte seine Zustimmung zur Eintragung oder Löschung geben muß, wenn diese zur Durchführung des vorgemerkten Anspruchs nötig werden (§ 888). Näheres §§ 18, 19.

Über die Natur der Vormerkung herrscht Streit. Schon beim Zustandekommen des Bürgerlichen Gesetzbuches machen sich verschiedene Ansichten geltend. Der 1. Entwurf verwarf eine Vormerkung zum Schutze persönlicher Ansprüche und wollte sich im übrigen dem preußischen Gesetze über den Eigentumserwerb vom 5. 5. 1872 anschließen. Der 2. Entwurf erkannte indessen eine Vormerkung zur Sicherung obligatorischer Ansprüche auf dingliche Rechte an und stellte sie in scharfen Gegensatz zum Widerspruch.[1]) Über ihr Wesen war indessen bis heute keine Einigung zu erzielen.

Am weitesten geht Othmer (S. 60 ff.), der behauptet, die Vormerkung wirke bereits wie eine endgültige Eintragung. Dann wäre aber der Gläubiger schon befriedigt. Das Gesetz steht durchweg auf anderem Standpunkte; so sagt z. B. KO. § 24: „Der Gläubiger kann Befriedigung verlangen“. Auch werden wir unten sehen, daß trotz Eintragung und Kenntnis der Vormerkung der Schuldner sich gegenüber vollgültig an einen Dritten verfügen kann, was nach obiger Ansicht gemäß § 892 BGB. unmöglich wäre.

---

[23]) Katz S. 69 N. 183.

[1]) Prot. Bd. 3 S. 111 ff, 182, 740, 746; Mot. Bd. 3 S. 318.

Aus denselben Gründen gibt die Vormerkung kein bedingtes dingliches Recht (Fuchs S. 114—116, insbesondere Jaeger zu § 24 Anm. 2 und 3). Mit demselben Rechte könnte man schließlich sagen, der Kauf verschaffe Eigentum am Grundstücke unter der Bedingung der Auflassung und Eintragung.

Andere vergleichen die Vormerkung im Anschluß an Gierke (Fahrnisbesitz S. 21) mit dem im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht anerkannten und unbekannten jus ad rem. Auch die Auffassung als obligatio in rem scripta (Oberneck S. 241) ist unserm Gesetze fremd, wie sich daraus ergibt, daß § 888 BGB. einen direkten Anspruch auf Auflassung gegen den Dritten versagt.

Die meisten fassen endlich die Wirkung der Vormerkung dahin zusammen, daß der vorgemerkte Anspruch ein persönlicher bleibt, aber durch die Eintragung dingliche Wirkung erhält. Biermann S. 184 definiert die Vormerkung einfach als Grundbuchvermerk, der die Verwirklichung der im § 883 BGB. genannten Ansprüche dinglich sichert.

Auf dieser Stufenleiter, die vom dinglichen Recht bis zum obligatorischen Anspruch mit zahlreichen Zwischenstufen und historischen Anklängen hinabreicht, nehmen wir unsere Stellung dahin ein, daß der vorgemerkte obligatorische Anspruch nach wie vor ein obligatorischer bleibt.[2]) Sonst wäre z. B. § 885 Abs. 2 gegenüber § 874 bloß eine Wiederholung. Das Gesetz spricht auch weiterhin vom „Gläubiger". Der vorgemerkte Anspruch fällt deshalb nicht unter die §§ 892, 894, 902 BGB. (das Einzelne unten).

Der Anspruch erhält indessen in gewisser Hinsicht, vor allem gegen Dritte, eine verstärkte Wirkung. Er wird nicht völlig verdinglicht, sondern bloß stellenweise mit dinglicher Wirkung, mit einem dinglichen Harnisch bekleidet, nur eben da, wo es der ins Auge gefaßte Zweck für nötig erscheinen läßt. Es ist deshalb ein vergebliches Bemühen der Theorien, aus den einzelnen Bruchstücken ein Ganzes, aus den Lappen ein Kleid zu fügen (vgl. die Definition Biermanns).

Die folgende Darstellung illustriert nun Schlag auf Schlag die so geschaffene Zwitternatur. Bald tritt der obligatorische Charakter des Anspruchs nackt zutage, die vorgemerkte Kaufsachforderung teilt in ihrer Blöße alle Schwächen des obligatorischen Vorkaufsrechts; bald stoßen wir auf eine mit Dinglichkeit bekleidete Stelle und treffen sie an der Seite des dinglichen Vorkaufsrechtes wieder; teilweise ist sie sogar stärker als dieses.

---

[2]) Auch dingliche Ansprüche können aber vorgemerkt werden (vgl. z. B. § 2130). Fischer-Henle zu § 883.

Die Vormerkung ist also eine Veränderung, eine Bestärkung des Anspruchs. Doch ist dies nicht in der Weise zu denken, daß neben die Forderung ein besonderes Recht tritt,[3]) ähnlich dem Pfandrecht. Die Vormerkung ist kein Akzessorium des Anspruchs, sie ist kein Recht, sondern viel unselbständiger. Sie ist dem Anspruch immanent, tritt nicht zu ihm hinzu, sondern ist eine Eigenschaft des Anspruchs. Ist sie auch dem Zwecke nach dem Pfandrecht verwandt, um ihr Wesen zu verstehen, müssen wir die vorgemerkte Forderung mit einer Forderung, die eingeklagt ist, oder mit einem verjährten Anspruch vergleichen; auch die Verjährung tritt nicht neben den Anspruch. Der vorgemerkte Anspruch ist ein qualifizierter Anspruch.

Von einer Belastung eines Grundstückes kann also keine Rede sein, da die Vormerkung dem Anspruch nicht seine obligatorische Natur raubt. Ebensowenig bringt sie eine Verfügungsbeschränkung mit sich; Verfügungen sind prinzipiell gültig, nur dem Vorgemerkten gegenüber nicht (vgl. § 15). Aus demselben Grunde stellt die Einräumung einer Vormerkuug selber keine Verfügung dar; eine solche vermindert notwendigerweise die Verfügungsmacht des Verfügenden.

Unser Thema handelt von vorgemerkter Kaufsachforderung.[4]) Bei uns handelt es sich also um einen aus dem Kaufe sich ergebenden Anspruch auf eine Sache (BGB. § 90), d. h. auf Übertragung des Eigentums einer Sache (BGB. § 433). Und zwar kann es sich im Hinblick auf § 883 Abs. 1 BGB. nur um eine Vormerkung handeln, die für den Anspruch auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke eingetragen wird; dem Eigentumsrechte ist nach Bürgerlichem Gesetzbuche gleichgestellt das Erbbaurecht an einem Grundstücke.[5])

Nichts Besonderes gilt für die Vormerkung des Anspruchs aus dem ausgeübten Vorkaufsrechte, aus dem Vorkaufe. Außerdem kann aber beim Vorkaufsrechte eine Vormerkung noch in zwei Fällen in Betracht kommen. Einmal dann, wenn ein bestelltes obligatorisches Vorkaufsrecht verstärkt werden soll durch Eintrag einer Vormerkung auf Einräumung eines dinglichen. Dieser Fall scheidet für unsere Arbeit aus.

---

[3]) So die vorwiegende Ansicht, z. B. Cosack Bd. 2 § 183; Leyser S. 28. Dort weitere Literatur.

[4]) Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht von Vormerken eines Anspruchs. Zwischen Anspruch und Forderung kann man deshalb unterscheiden, weil aus letzterer außer dem Anspruch auch noch z. B. die Aufrechnungsbefugnis, die Zessionsmöglichkeit entspringt.

[5]) Biermann, Sachenrecht S. 1; BGB. § 1017 Abs. 1.

Dagegen ist für uns der andere Fall sehr wichtig: Ein obligatorisches Vorkaufsrecht kann bei Grundstücken wieder durch Vormerkung gesichert werden, da das Vorkaufsrecht ja mit einem bedingten Anspruche auf Eigentumsübertragung verbunden ist.[6])

Damit erhält der Anspruch gegen den Verpflichteten vor allem die oben dargestellte Wirkung gegen Dritte. Dann treten die Wirkungen des obligatorischen Vorkaufsrechtes und der Vormerkung vereint auf; über die Unterschiede zum dinglichen Vorkaufsrechte wird unten noch öfters gesprochen.

Natürlich kann auch jedwede anders bedingte Kaufsachforderung vorgemerkt werden.

§ 5.

Rechtliche Natur des dinglichen Vorkaufsrechtes.

Während das obligatorische Vorkaufsrecht bloß zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem wirkt, hat das Gesetz das dingliche Vorkaufsrecht mit Wirkung gegen Dritte ausgestattet. Das dingliche Vorkaufsrecht ist das mit Wirkung gegen Dritte versehene und den Prinzipien des Grundbuchrechtes unterstellte obligatorische Vorkaufsrecht.

Das dingliche Vorkaufsrecht[1]) besteht also in seinem Kern aus dem obligatorischen Vorkaufsrechte. Die Beziehungen zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem bestimmen sich grundsätzlich, abgesehen von einigen durch Zweckmäßigkeitsrücksichten gebotenen Modifikationen, nach den Vorschriften der §§ 504 ff. (§ 1098 Abs. 1 BGB.). Zwischen ihnen besteht lediglich ein obligatorisches Band. Das Gesetz spricht ja auch, im Sachenrecht eine Ausnahme, vom Verpflichteten. Nicht angenommen wird hier die Immerwahrsche Ansicht, als bestände auch im Verhältnis von Berechtigtem und Verpflichtetem eine dinglich gesicherte Obligation.[2]) Auch das dingliche Vorkaufsrecht verpflichtet den „Besteller", nicht den Eigentümer.[3])

---

[6]) BGB. § 883 Abs. 1 Satz 2. Auch manche Anhänger der Gestaltungsrechtstheorie erklären die Eintragung einer Vormerkung für zulässig, und zwar für den „künftigen" Anspruch. Diese Auffassung von „künftig" ist sicher zu weit. Ebenso übrigens Bendix S. 601.

[1]) Hier geben die Motive (Bd. 3 S. 450 ff.) im Gegensatz zum obligatorischen eine Konstruktion.

[2]) Immerwahr S. 286. Dort ein praktisches Beispiel: Bei Veräußerung eines Teiles haftet für Schadensersatz das Restgrundstück. Ebenso haftet nach Mot. Bd. 3 S. 454 ff. der Verpflichtete sowohl der persönlichen wie der dinglichen Klage.

[3]) And. M. Wolff S. 411.

Dagegen ist das Vorkaufsrecht gegen Dritte auf eigenartige Weise geschützt, indem es nämlich ihnen gegenüber, und bloß Dritten gegenüber, die Wirkung einer Vormerkung haben soll. Über die diesbezüglichen Streitfragen, vor allem den Umfang der Anwendbarkeit der §§ 883 ff. und der Unwirksamkeit unten § 18.

Wie aber der vorgemerkte Anspruch einen einheitlichen Anspruch darstellt, geradeso besteht auch das dingliche Vorkaufsrecht nicht aus zwei nebeneinander gestellten Ansprüchen, einem dinglichen und einem obligatorischen, sondern gewährt einen einheitlichen Anspruch; dieser wirkt gegen den Verpflichteten rein obligatorisch, in seiner Wirkung gegen Dritte hat er vormerkungsgleiche Kraft. Da sich diese aber beim vorgemerkten Anspruch auch im Verhältnis von Gläubiger und Schuldner äußert (z. B. im Konkurse), kann man schon deshalb nicht das dingliche Vorkaufsrecht einen Spezialfall der vorgemerkten Kaufsachforderung nennen.

Somit wäre das dingliche Vorkaufsrecht nichts anderes als ein obligatorisches, das gegen Dritte die Wirkung einer Vormerkung hat. Nun hat aber das Gesetz noch einen weiteren, höchst eigenartigen Schritt getan, nämlich dies verstärkte obligatorische Vorkaufsrecht als dingliches Recht ins Sachenrecht aufgenommen und somit den Prinzipien des Grundbuchrechtes unterstellt. Dadurch unterfällt es z. B. den allgemeinen Vorschriften der §§ 892, 894, 902 BGB. Das Resultat ist ein formell zwar einheitliches, inhaltlich aber uneinheitliches, zerhacktes Gebilde, bei dem man ebenso wie beim vorgemerkten Anspruch schwanken könnte, welchem Elemente man bei Bestimmung des Wesens den Vorrang lassen soll.

Trotz der doppelten Umhüllung aber, der Verleihung der vormerkungsgleichen Wirkung gegen Dritte und der Aufnahme unter die dinglichen Rechte, bleibt die Seele des Instituts doch das obligatorische Vorkaufsrecht. Deshalb weisen wir den Versuch der Motive,[4]) das dingliche Vorkaufsrecht als Grundstücksbelastung zu konstruieren und der Reallast zur Seite zu stellen, mit Immerwahr S. 283—287 entschieden zurück. Lediglich ein suspensiv bedingter Anspruch soll gesichert werden; geschieht dies auch auf so eigenartige Weise, so darf man doch trotz der Verkleidung das wahre Wesen nicht verkennen.

Ebensowenig kann von einer Verfügungsbeschränkung die Rede sein. Es wird auf das bei der Vormerkung Gesagte und § 15 verwiesen.

---

[4]) Mot. Bd. 3 S. 450; vgl. RG. Bd. 4 S. 235.

Unserer Stellungnahme gemäß gelangen wir zu der Konsequenz, daß auch das dingliche Vorkaufsrecht wiederum durch Vormerkung geschützt werden kann. Ein solcher Schutz ist allerdings durch § 1098 Abs. 2 Dritten gegenüber überflüssig, dem Verpflichteten (und dessen Konkursverwalter z. B.) gegenüber aber nicht gegeben und oft erwünscht. Denn der dinglich Vorkaufsberechtigte kann beim Verkauf durch den Konkursverwalter zwar vorkaufen, aber nicht Naturalleistung begehren. Nicht § 24, sondern § 17 KO. findet Anwendung (unten § 16).[5]) Wenn andere[6]) zum entgegengesetzten Resultate kommen, weil das Vorkaufsrecht sich lediglich seiner formellen Dinglichkeit wegen im Konkurse durchsetzen müsse, oder weil § 24 KO. eine Wirkung gegen Dritte statuiere, so ist dem entgegenzuhalten, daß dann § 1098 Abs. 1 Satz 2 entweder überflüssig oder unvollständig wäre. Wir halten deshalb eine Vormerkung nicht für überflüssig und unzulässig.

§ 6.

Die bei Begründung unmittelbar mitwirkenden Faktoren (Elemente der Begründung).

Auf dreierlei Art kann ein Recht begründet oder verändert werden, unmittelbar durch Rechtssatz, durch behördlichen Akt oder durch Rechtsgeschäft Privater.

1. Die Begründung unmittelbar durch Rechtssatz:

a) Diese Möglichkeit scheidet für die Vormerkung aus, weil für sie stets eine Eintragung ins Grundbuch nötig ist. Diesen Eintrag kann das Gesetz nicht ersetzen; das widerspräche schon dem Publizitätsprinzip.

b) Wohl aber können dingliche Vorkaufsrechte kraft Rechtssatzes unmittelbar entstehen. Die Unzahl der gesetzlichen Retraktrechte allerdings ist der ihnen feindlichen wirtschaftlichen Bewegung, die mit Beginn des 19. Jahrhunderts einsetzt, zum Opfer gefallen;[1]) unser Bürgerliches Gesetzbuch enthält nur noch

aa) das hier nicht weiter zu behandelnde Vorkaufsrecht der Miterben; es entsteht trotz des Wortlautes des § 2034 Abs. 1 unmittelbar mit dem Erbfall.[2])

---

[5]) Ebenso Jaeger zu § 24 N. 4.

[6]) Kayser S. 60; Lewandowski S. 41; Strohal, Dekanatsprogramm S. 24 ff.

[1]) Mot. Bd. 3 S. 447 ff.; dort Zusammenstellung der einschlägigen Gesetzgebung.

[2]) Bestritten. Vgl. Kayser S. 73; Rudert S. 10.

bb) Das Verlagsgesetz v. 19. 6. 1901 gibt dem Verfasser gegenüber dem Verleger ein Vorkaufsrecht auf sämtliche Exemplare des Werkes, die dem Verleger noch zur Verfügung stehen, und zwar zum Nettosortimenterpreis. Dieses Vorkaufsrecht, das dem Verfasser jederzeit die Möglichkeit geben will, sein Werk aus dem Verkehr zu ziehen, ist nur seinem wirtschaftlichen Erfolge nach als solches zu bezeichnen. Denn es setzt nicht den Verkauf an einen Dritten voraus; gerade auf schon verkaufte Exemplare erstreckt es sich nicht mehr. Aber auch nicht einmal Verkaufsabsicht (wie im gemeinen Recht); wenn eine solche auch meist vorliegen wird, braucht sie doch nicht auf einen Verkauf an bestimmte ins Auge gefaßte Personen gerichtet zu sein und ist überhaupt unwesentlich. Es handelt sich also mehr um einen Kontrahierungszwang, ein Zwangskaufsrecht, denn um ein Vorkaufsrecht; es soll deshalb des weiteren nicht berücksichtigt werden.

cc) Nach BGB. § 892 kann ein für den jeweiligen Eigentümer eines Grundstückes eingetragenes dingliches Vorkaufsrecht, das in Wahrheit aber nicht oder nicht mehr besteht, kraft Gesetzes mit Weiterveräußerung des Grundstückes zur Entstehung kommen.[3]) Dahin muß man auch den Fall rechnen, daß ein eingetragener Nichteigentümer ein dingliches Vorkaufsrecht bestellt.[4])

dd) Im Gebiete der landesrechtlichen Vorbehalte können gesetzliche Vorkaufsrechte geschaffen werden; meist werden sie noch aus früherer Zeit bestehen. Wichtig ist, daß etwaige frühere Retrakte der Miteigentümer aufgehoben, eine Neuerrichtung durch Landesrecht ausgeschlossen ist.

ee) Auch durch Gewohnheitsrecht könnten derartige Rechte entstehen. Praktisch ist dies wohl ausgeschlossen.

Dieser und der vorhergehende Fall bieten die Möglichkeit, daß auch ein obligatorisches Vorkaufsrecht kraft Gesetzes entsteht.

c) Kayser S. 75 behauptet, unsere Theorie des Vorkaufsrechtes scheitere am Bestehen der gesetzlichen Vorkaufsrechte. Aber es gibt doch auch neben vertraglichen Pfandrechten gesetzliche, ohne daß es deshalb unrichtig wäre, die Befugnisse des Pfandgläubigers aus dem Pfandvertrage zu erklären. Das Gesetz hat eben die Machtvollkommenheit, Rechte, die sonst

---

[3]) Der Fall, daß ein subjektiv persönliches Vorkaufsrecht nach § 892 für den gutgläubigen Erwerber entsteht, ist ausgeschlossen, da ein solches unübertragbar ist (§ 11, 2).

[4]) Dieser Fall ist bei der Vormerkung ausgeschlossen, da sie nicht unter § 892 fällt. Vgl. Leyser § 6.

bloß ein Vertrag gibt, unmittelbar kraft Gesetzes zu verleihen, wie Kayser selbst S. 73 richtig ausführt.

2. Gerade umgekehrt sind die Rollen verteilt bei der Begründung durch behördlichen Akt.

a) Vorkaufsrechte können nicht durch solchen begründet werden. Im gemeinen Rechte konnte allerdings der Richter im Teilungsverfahren zur Ausgleichung der durch dasselbe entstehenden Ungleichheiten Vorkaufsrechte obligatorischer Natur begründen. Im heutigen Rechte gilt das nicht mehr.[5])

b) Dagegen gibt es Eintragung von Vormerkungen kraft behördlicher Anordnung. Der Fall des § 894 ZPO. ist natürlich nicht hierher zu rechnen, da er nur eine private Willenserklärung ersetzt, der Eintrag also stattfindet, gerade weil die Bewilligung als geschehen gilt.

Hingegen findet Eintragung statt, obwohl die Bewilligung fehlt,

aa) nach ZPO. § 935 im Wege der einstweiligen Verfügung (BGB. § 885). Und zwar ist dieser Fall insofern privilegiert, als Gefährdung nicht glaubhaft zu machen ist. Aber einerseits ist hier eine Benachteiligung des Schuldners ausgeschlossen, da ja die Vormerkung nur zustande kommt, wenn der Anspruch wirklich besteht, und sie auch keine weitere Verfügung hindert; andererseits besteht eben, wenn ein Grundstück verkauft, aber noch nicht eingetragen ist, immer eine Gefahr für die Verwirklichung des Übertragungsanspruchs. Weil eben stets Gefahr besteht, ist auch regelmäßig und nicht bloß ausnahmsweise das Gericht der belegenen Sache zuständig (ZPO. § 937).

Außer der einstweiligen Verfügung ist noch ein Antrag nach GBO. § 13 erforderlich. Doch kann auch das Gericht das Grundbuchamt um die Eintragung ersuchen (ZPO. § 941).

bb) Ferner ist nach GBO. § 18 Abs. 2 eine Vormerkung von Amts wegen, also sogar ohne Antrag einzutragen, wenn vor Erledigung eines Antrages ein dasselbe Recht betreffender neuer Antrag gestellt wird; desgleichen im Beschwerdeverfahren durch Aufgabe des Beschwerdegerichtes (GBO. § 76 Abs. 1).

3. Der dritte Weg, der der rechtsgeschäftlichen Begründung, steht dagegen sowohl dem Vorkaufsrechte wie der Vormerkung offen.

a) Das obligatorische Vorkaufsrecht kann sowohl im Vertragswege wie durch einseitiges Rechtsgeschäft begründet werden. Durch einseitiges Rechtsgeschäft wieder auf zwei Arten:

---

[5]) vgl. BGB. §§ 749 ff., FGG. §§ 86 ff.

aa) durch einseitige Erklärung unter Lebenden, z. B. durch Auslobung. Man entnehme daraus nicht einen Grund gegen die Theorie des bedingten Kaufvertrages. Die Auslobung erzeugt auch sonst je nach ihrem Inhalte Wirkungen, die im übrigen nur ein Vertrag nach sich zieht. Das erklärt sich eben aus dem Charakter der Auslobung und spricht nicht gegen unsere Auffassung des Vorkaufsrechtes.

bb) Unmittelbar durch Vermächtnis. Das ist allerdings sehr bestritten. Ab lehnt es Lewandowski S. 26 auf Grund seiner Gestaltungsrechtstheorie. Ein Vermächtnis erzeuge einen Anspruch, ein Gestaltungsrecht dagegen sei kein solcher.[6]) Ebenso Seckel, Gestaltungsrechte S. 218. Dagegen gestattet unsere Theorie wohl das Zustandekommen durch Vermächtnis, wie selbst Seckel a. a. O. zugibt (unsicher Oertmann zu § 504, 3 e). Richtig ist allerdings, daß nur ein Gegenstand vermacht werden kann[7]) und der Abschluß eines Kaufvertrages kein solcher ist.[8]) Die natürliche und durch die Praxis erhärtete Ansicht geht aber auch gar nicht dahin, daß das Vermächtnis erst einen Anspruch auf Einräumung begründe, sondern daß das Vorkaufsrecht unmittelbar entstehe, ohne daß noch auf Bestellung geklagt werden müsse. Vermacht ist eben der Gegenstand selbst unter der Bedingung, daß der Verpflichtete verkauft und der Berechtigte sein Vorkaufsrecht ausübt. Das Vermächtnis schafft zwischen Beschwertem und Berechtigtem das Rechtsverhältnis unmittelbar, ersetzt also den Einräumungsvertrag. Daß auch der Vermächtnisbeschwerte aus dem Vermächtnis Rechte herleitet, steht nicht entgegen. Denn wie ich ein Vermächtnis durch Bedingungen modifizieren kann, so auch dahin, daß der Vermächtnisnehmer eine Gegenleistung zu machen habe. So gut ich z. B. folgendes Vermächtnis anordnen kann: „Dem A mein Grundstück b gegen 1000 Mk.; die Verpflichtungen sollen sich gegenseitig nach den §§ 433 ff. BGB. bestimmen", ebensogut kann ich ihm an dem Grundstücke ein Vorkaufsrecht einräumen.

cc) Meist wird das obligatorische Vorkaufsrecht begründet durch Vertrag. Dieser stellt eben einen Kauf dar. Über die Form siehe § 8.

---

[6]) Zu einem anderen Resultat kommt auf Grund derselben Theorie Kayser S. 80, indem er den Einräumungsvertrag in einen kausalen und einen abstrakten Vertrag zerreißt und auf das Vermächtnis einer Forderung hinweist.

[7]) BGB. § 2174.

[8]) Das übersieht Immerwahr S. 289 unten.

b) Auf ganz anderem Gebiete, im Herrschaftsbereich des Grundbuches, bewegen wir uns, wenn wir die rechtsgeschäftliche Begründung des dinglichen Vorkaufsrechtes und der Vormerkung ins Auge fassen. Da bei beiden zur Entstehung die Eintragung ins Grundbuch notwendig ist, ist Begründung durch letztwillige Verfügung ausgeschlossen; diese kann allenfalls eine Vorstufe der Entstehung darstellen, oder aber ein einzelnes Element der Entstehung selbst, z. B. die Bewilligung bei der Vormerkung ersetzen. Nie reicht sie dagegen allein aus.

Bei der vertraglichen Begründung zeigt sich ein wichtiger Unterschied zwischen dem dinglichen Vorkaufsrecht und der Vormerkung.

aa) Bei jenem muß gemäß den allgemeinen Regeln (BGB. § 873) Einigung und Eintragung vorliegen. Die Einigung ist dabei nur bindend in den Fällen des § 873 Abs. 2. Die Eintragung erfolgt dann gemäß dem unsere GBO. beherrschenden formellen Konsensprinzip entweder auf Antrag des Verpflichteten oder auf Antrag des Berechtigten unter Nachweis der Bewilligung des Verpflichteten.

bb) Bei der Vormerkung dagegen begnügt sich auch das materielle Recht mit der einseitigen Bewilligung des Belasteten.[9]) Eine Einigung wird hier nicht verlangt. Betreffend die Eintragung gilt das zu aa) Gesagte.

c) Auf den ersten Blick tritt also nach außen hin der Unterschied zwischen dinglichem Vorkaufsrecht und Vormerkung nicht in Erscheinung. Eine Einigung ist zwar dort nötig, hier nicht, braucht indessen in beiden Fällen dem Grundbuchamte nicht dargetan zu werden, in beiden Fällen erfolgt die Eintragung auf Betreiben des passiv Beteiligten ohne Schwierigkeit. Dann ist indes im ersten Falle ein Vorkaufsrecht nicht entstanden. Das Grundbuch ist unrichtig, der Betroffene hat die Berichtigungsklage (BGB. § 894). Dagegen ist bei Fehlen einer Willensübereinstimmung eine vollgültige Vormerkung entstanden; eine solche ist zwar auch bei der Vormerkung wichtig (vgl. § 7), gehört aber nicht mit zu den Elementen der Begründung. Eine Vormerkung kann also durch einseitige Willenserklärung, sogar ohne Vorwissen des Aktivberechtigten, entstehen.

Beide Male kann übrigens nach allgemeinen Regeln eine Willenserklärung durch ein Urteil ersetzt werden (ZPO. § 894). Ein vorläufig vollstreckbares Urteil auf Mitwirkung bei der

---

[9]) BGB. § 885. Da an keine Form gebunden (anders die formellrechtliche Bewilligung nach GBO. § 29), ist sie nicht bindend. Anders Fuchs S. 129, der § 875 für anwendbar erklärt.

Einigung über Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts begründet eine Vormerkung,[10]) erforderlich ist nur noch der Antrag des Berechtigten; dasgleiche gilt bei Einigung betreffs Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke.[11])

§ 7.

Die einzelnen Stadien der rechtsgeschäftlichen Begründung (Weg der Entstehung).

Zwar schaffen die unmittelbar an der Entstehung oder Veränderung eines Rechtes beteiligten Faktoren allein diesen Erfolg, beim dinglichen Vorkaufsrecht die Einigung und Eintragung; doch basieren sie wieder auf vorherliegenden Elementen. Diese sind daher nicht minder wichtig, wenn sie auch nicht an die Oberfläche kommen und in Erscheinung treten; ein Fehler im Unterbau läßt oft das Ganze wieder einstürzen.

Haben wir eben die Endstrecke des Weges und das Ziel betrachtet, so wollen wir jetzt die zurückliegenden Stationen ins Auge fassen. Und zwar soll nur die Entstehung durch Vertrag ins Auge gefaßt werden, da im übrigen infolge der sonst herrschenden großen Verschiedenheit der Rechte bei einem Vergleiche nichts herausspringt. Folgende Zusammenstellung läßt die einzelnen aufeinander folgenden Stationen ersehen:

1. Vorkaufsrecht.	2. Vormerkung.
a) Vertrag, begründend ein obligatorisches Vorkaufsrecht.	a) Kauf, daraus entspringend die Forderung.
b) Abrede, dasselbe zu verdinglichen.	b) Vereinbarung, eine Vormerkung einzutragen.
c) Einigung zwischen Verpflichtetem und Berechtigtem.	c) Materielle Bewilligung des Verkäufers.
	d) Formelle Bewilligung und Antrag.
	e) Eintragung.

1. Bevor wir auf einen Vergleich der beiden Reihen eingehen, müssen wir noch einiges innerhalb der ersten Reihe klarstellen.

a) Das obligatorische Vorkaufsrecht entsteht durch einen einheitlichen Einräumungsvertrag. Natürlich ist ein Vorvertrag denkbar. Selbst vom Standpunkte der Gestaltungsrechtstheorie bedenklich ist dagegen die Manipulation Kaysers (S. 79), den Einräumungsvertrag wieder in einen obligatorischen und einen

[10]) Dies wäre die § 4 erwähnte Vormerkung zur Sicherung der einzutragenden Dinglichkeit des obligatorischen Vorkaufsrechtes (vgl. § 7, 1 b).
[11]) ZPO. § 895.

abstrakten zu zerpflücken. Der Vater des Gedankens war wohl die Absicht, so die Entstehung durch Vermächtnis erklären zu können.[1]) Kayser gibt selbst zu, daß die ganze Literatur gegen ihn einig sei.

b) Daß auch beim dinglichen Vorkaufsrecht ein obligatorischer Kausalvertrag zugrunde liegt, ist unbestritten. Wir stellen uns nun auf den Standpunkt, daß dieser obligatorische Kausalvertrag identisch ist mit dem ein obligatorisches Vorkaufsrecht einräumenden Vertrage.

Wir gehen allerdings nicht so weit, daß wir dem Berechtigten aus dem obligatorischen Vorkaufsrecht einen Anspruch auf die Einräumung eines dinglichen geben.[2]) Ein obligatorisches Vorkaufsrecht kann aber, so gut man es durch eine Vormerkung schützen kann, in ein dingliches umgewandelt werden, besser gesagt weiterentwickelt werden, ohne Schließung eines neuen Kausalvertrages. Das obligatorische ist sogar notwendige Vorstufe des dinglichen Vorkaufsrechts. Es führt kein anderer Weg zu diesem als der über das obligatorische.[3])

Natürlich können die Parteien auch in einem Zuge Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechtes verabreden und werden es meistens auch tun; dann liegt aber darin zugleich der Entstehungsgrund für ein obligatorisches Vorkaufsrecht vom Moment des Vertragsschlusses ab.[4]) Dies ist wohl im Zweifel Parteiabsicht. Wollen aber die Parteien, daß Zug um Zug erfüllt werde, oder daß sie erst im Moment der Eintragung gebunden sind, so muß dieser Umstand im Vertrage zum Ausdruck gebracht werden, ausdrücklich oder stillschweigend. Dann entsteht eben praktisch dingliches und obligatorisches Vorkaufsrecht zugleich, aber kraft der Suspensivbefristung.

2. Das obligatorische Vorkaufsrecht sei hiermit ausgeschieden, und wir vergleichen nun das dingliche Vorkaufsrecht mit der Vormerkung. Wie beim dinglichen Vorkaufsrecht Stufe a und Stufe b meist zusammenfallen, so auch bei der vorgemerkten Kaufsachforderung. Aber auch hier folgt Stufe b nicht notwendig aus Stufe a.[5]) Durch Kombination von 1 a mit 2 b

---

[1]) vgl. § 6 N. 5 unserer Darstellung.

[2]) Diese Ansicht, die das ALR. verwirklicht hatte, vertritt noch heute Fuchs S. 342: „Jedes persönliche Vorkaufsrecht trägt als Recht zur Sache ohne weiteres gemäß § 883 den Anspruch auf Verdinglichung in sich".

[3]) Ebenso Planck Bd. 3 S. 481; Immerwahr S. 293.

[4]) Bei den gesetzlichen Vorkaufsrechten dagegen entsteht das zugrunde liegende obligatorische erst mit dem dinglichen.

[5]) Bei Nichtbeobachtung der Form des § 313 kann niemals auf Bewilligung einer Vormerkung geklagt werden. Eine solche hätte auch nicht die heilende Kraft des § 313 Satz 2.

bis e gelangen wir zum vorgemerkten obligatorischen Vorkaufsrechte.

a) Fehlt Stufe a, so kommt eine Vormerkung nicht zustande, da kein Anspruch da ist. BGB. § 894 findet dann entsprechende Anwendung (vgl. ausführlich unten § 14). Ebenso darf das obligatorische Vorkaufsrecht als Kern und Fundament nicht fehlen, doch wird diesenfalls in der Vereinbarung der Verdinglichung zugleich ein Bestellungsvertrag liegen.

b) Stufe b stellt das Kausalgeschäft dar. Fehlt dieses, so ist zwar die Eintragung immer wirksam, da hierzu nur die Elemente c—e erforderlich sind. Indessen liegt dann ein Fall der condictio sine causa vor: Gültigkeit des Verfügungsgeschäfts, Ungültigkeit oder Fehlen des Verpflichtungsgeschäfts. Diese condictio wird man auch bei der Vormerkung geben, da auch hier der Gläubiger auf Kosten des Schuldners bereichert wird (der Schuldner ist z. B. arg überschuldet, es droht Konkurs). Auf andere Weise läßt sich auch eine solche Vormerkung nicht aus der Welt schaffen. Oft wird allerdings dem Schuldner, der ja die Bewilligung geben muß, die condictio durch BGB. § 814 abgeschnitten sein.

c) Fehlt die Stufe c, die, wie wir oben sahen, beide Male verschieden ist, so wird hier wie da das Grundbuch falsch. Bei der Vormerkung kommt dieser Fall praktisch kaum vor (etwa Erteilung einer formellen Bewilligungserklärung im voraus). Die weitere Entwicklung bis zur Eintragung ist schon im § 6 besprochen.

§ 8.

Sonstige Modalitäten der rechtsgeschäftlichen Begründung, insbesondere Form.

Da die Entstehung durch Rechtssatz oder behördlichen Akt hinsichtlich der Form und der sonstigen Modalitäten nichts Charakteristisches bietet, betrachten wir hier nur die rechtsgeschäftliche Entstehung.

1. Zunächst ergeben sich Ähnlichkeiten und Unterschiede zwischen den Vorkaufsrechten einerseits und der Vormerkung andererseits. Beide Male kann der Vertrag sein ein Hauptvertrag (anders beim Wiederkauf) oder ein Nebenvertrag[1]) (häufigerer Fall). Auch Vorverträge sind denkbar, ebenso Verträge

[1]) Der Normalfall beim Vorkaufsrecht ist Begründung durch Vorbehalt beim Kauf; jedoch auch bei anderen Verträgen, z. B. Tausch, Pacht, Miete, Gesellschafts-, Erbvertrag (vgl. Mot. Bd. 3 S. 449).

zugunsten Dritter (A erwirkt von B das Versprechen, dem C, dem B sein Grundstück verkauft hat, eine Vormerkung zu bestellen).

Die Bestellung einer Vormerkung wird meist unentgeltlich sein; doch kommt auch das Gegenteil vor. Hingegen hat das Vorkaufsrecht einen oft hohen Wert und wird meist gegen Entgelt zugesichert. Wo der Einräumungsvertrag als Nebenvertrag abgeschlossen wird, bildet die Übernahme der Rolle als Verpflichteter einen Teil der Leistung des Käufers, Verpächters usf.; Kaufsumme oder Pachtzins vermindert bezw. erhöht sich regelmäßig.

Der obligatorische Einräumungsvertrag beim Vorkaufsrechte kann ferner bedingt, befristet sein; so kann bei Einräumung eines dinglichen Vorkaufsrechts das Inkrafttreten des zugrunde liegenden obligatorischen suspentiv befristet sein durch das Zustandekommen der Eintragung. Zu beachten ist, daß das Vorkaufsrecht schon begrifflich eine doppelte Bedingung in sich schließt.

Bei der Vormerkung wird eine Bedingung oder Befristung meist fehlen. An und für sich kann aber auch hier der obligatorische Vertrag eine Bedingung oder Befristung enthalten.

Wie das obligatorische Geschäft kann auch das dingliche, also beim Vorkaufsrecht die Einigung und dementsprechend die Eintragung unter einer Bedingung oder Befristung stehen.[2]) Dabei ist jedoch zu bedenken, daß die Unnachgiebigkeit der sachenrechtlichen Bestimmungen nicht durch Hinzufügen von Bedingungen und Befristungen umgangen werden kann. Das gleiche gilt von der materiellen Bewilligung und der Eintragung der Vormerkung; auch hier bietet die der Vormerkung innewohnende Bedingung des Bestehens des Anspruches dem Schuldner nicht immer den beabsichtigten Schutz, der dann rechtsgeschäftlich herbeigeführt werden muß. Ein obligatorisches Vorkaufsrecht wird z. B. durch eine Vormerkung für den Fall geschützt, daß gerade an den anderen Nachbar verkauft wird; weiter aber will sich der Verpflichtete nicht binden. Ebenso ist die Beifügung einer Befristung unbedenklich; steht doch das Gesetz selber der zeitlichen Begrenzung begünstigend gegenüber, wie sich aus der Zulässigkeit des Aufgebotsverfahrens (§ 887 BGB.) ergibt.

Hier sei noch bemerkt, daß an einem Grundstück auch ein nichteingetragener Nichteigentümer,[3]) wie er verkaufen kann, so auch ein obligatorisches Vorkaufsrecht einräumen kann;[4])

---

[2]) Anders die Auflassung (BGB. § 925).

[3]) Ausdrücklich ausgeschlossen im ALR. I, 20 § 568.

[4]) Anders, wenn man mit Kayser a. a. O. die Einräumung des obligatorischen Vorkaufsrechtes als abstrakte Verfügung auffaßt. Darnach käme

nicht aber ein dingliches Vorkaufsrecht oder eine Vormerkung, da er hierfür nicht legitimiert ist.

2. Der Inhalt der Gegenleistung des Gläubigers ist bei der Vormerkung frei bestimmbar, wenn eine solche auch regelmäßig wegfällt. Dagegen wollen wir hier den Unterschied betreffs der Leistung des Berechtigten beim dinglichen und beim obligatorischen Vorkaufsrechte herausstellen (die Unterschiede in den Leistungen des Passivbeteiligten sind unten bei der Darstellung der Wirkungen zu bringen).

Es ist davon auszugehen, daß die §§ 504 bis 514 durch ihre Herübernahme ins Sachenrecht (§ 1098) zwingender Natur geworden sind.[5]) Die an und für sich stärkere und weitere Kreise erfassende Wirkung der sachenrechtlichen Normen im Gegensatz zu denen des Obligationenrechtes soll nicht abgeändert, zumal nicht noch gesteigert werden können. Rechtsgeschäftliche Erweiterungen sind daher beim persönlichen Vorkaufsrecht zulässig,[6]) beim dinglichen dagegen nicht. Diese Frage wird vor allem praktisch und wichtig bei den sogen. limitierten Vorkaufsrechten,[7]) d. h. bei der Frage, ob im voraus der Preis, den der Vorkaufsberechtigte zu zahlen hat, unabhängig von der Summe des Vorverkaufs bestimmt werden kann, oder ob diese wenigstens modifiziert werden darf.

Eine feste Fixierung des Preises ist beim Vorkaufsrechte nicht möglich, beim dinglichen also nicht eintragungsfähig.[8]) Dies hätte vor allem wirtschaftliche Nachteile zur Folge. Der Vorkaufsberechtigte könnte ausgebeutet werden, der Verpflichtete jede Melioration unterlassen.[9]) Immerhin liegt aber der Hauptgegengrund im Wesen des Vorkaufsrechtes selber begründet und ergibt sich aus der Definition, gilt daher gleichermaßen für das obligatorische Vorkaufsrecht.[10])

Bei dem dinglichen Vorkaufsrechte ist aber sogar die Variierung des Vorverkaufspreises nach oben oder unten der

---

auf solche Weise nur eine Verpflichtung zur Verschaffung des obligatorischen Vorkaufsrechtes zustande; auf dessen Bestellung könnte man also klagen, event. Schadensersatz wegen Nichtverschaffung des Vorkaufsrechtes, nicht wie bei uns wegen Nichtverschaffung des Eigentums, verlangen.

[5]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 12; v. Knöringen S. 42 ff.

[6]) Ausdrücklich bestimmt im § 959 des 1. Entw.

[7]) Hierzu Wittmaack S. 465 ff.

[8]) Ebenso Staudinger zu §§ 505, 1098; ROLG. Bd. 4 S. 69; Mot. Bd. 3 S. 453; and. M. Wittmaack a. a. O.

[9]) Hauptgrund nach den Motiven.

[10]) Für freie Fixierung beim obligatorischen Vorkaufsrechte v. Knöringen S. 45; vgl. die Entscheidungen RG. v. 9. 11. und 7. 12. 1907 (JW. 1908 S. 68, Recht 1908 Bd. 12 Nr. 489, DJZ. Bd. 13 S. 249); ebenso das ALR.; vgl. Mot. Bd. 3 S. 453.

zwingenden Natur des Sachenrechtes zuwider, während die anderen Bedenken hier wegfielen.[11]) Für das obligatorische Vorkaufsrecht dagegen steht diese Möglichkeit offen.[12])

Bei ganz freier Bestimmung des Vorkaufspreises kommen womöglich die Vorschriften über den Vorkauf zu analoger Anwendung. Für ein solches Vorkaufsrecht gilt z. B. nicht die prinzipielle Unvererblichkeit und Unübertragbarkeit (Wittmaack S. 472), dagegen findet § 510 analoge Anwendung (derselbe S. 473). Ebenso kann eine zu starke Abweichung von der Vorverkaufssumme den Charakter als Vorkauf zerstören.

Über die Frage, ob § 514 seine dispositive Natur im Sachenrecht beibehält, unten bei der Übertragung (§ 11).

3. Was die Form angeht, so ist

a) bei der Vormerkung wenig Spezielles gegenüber den allgemeinen Vorschriften des Grundbuchrechtes zu bemerken. Eine Vormerkung auf Auflassung wird in der zweiten Abteilung des Blattes eingetragen.[13]) Wichtig ist, daß die Vorschrift des § 313 BGB. keine Anwendung findet, da die Vormerkung ja nicht eine Verpflichtung auf Übertragung eines Grundstückes begründet, sondern diese bloß dinglich sichert. Wie oben bemerkt, würde hier eine Formalisierung nicht einmal Bindung bewirken (§ 6 N. 8). Natürlich sind die grundbuchrechtlichen Vorschriften zu wahren.

b) Anders dagegen bei den Vorkaufsrechten. Gerade über die Anwendbarkeit des § 313 entspinnt sich der Streit der verschiedenen Theorien so heftig, und umgekehrt hat das erstrebte Endresultat manchmal zu gewaltsamer Konstruktion Anlaß gegeben. Die Beantwortung der Frage: Bedürfen die Verträge, die ein Vorkaufsrecht an einem Grundstücke zustandebringen, der Form des § 313 BGB. und welche von ihnen, ist vor allem wichtig für die Entscheidung der weiteren Frage, ob ich mir lieber ein dingliches Vorkaufsrecht bestellen lasse, oder mich mit einem obligatorischen, durch Vormerkung gesicherten begnüge, das in vielen Fällen denselben Dienst tut. Deshalb ist es gerechtfertigt, die Formfrage hier eingehender zu erörtern.

aa) Der obligatorische Vertrag auf Einräumung eines (obligatorischen oder dinglichen) Vorkaufsrechtes bedarf keiner Form

---

[11]) Keetmann S. 41 u. a. meinen, Erhöhung des Preises sei möglich; das bedeute Abschwächung der Schärfe des dinglichen Rechtes.

[12]) Keetmann S. 41; Staudinger zu § 505 N. 3.

[13]) Ebenso dingliche Vorkaufsrechte. In beiden Fällen kann auf die Bewilligung Bezug genommen werden (BGB. §§ 874, 885 Abs. 2). Ein subjektiv dingliches Vorkaufsrecht ist zudem auf Antrag auf dem Blatte des Aktivgrundstückes zu vermerken (GBO. § 8).

nach der Gestaltungsrechtstheorie,[15]) bedarf dagegen der Form des § 313 bei Grundstücken nach der hier vertretenen Theorie des bedingten Kaufvertrages.[16]) Die Formfreiheit ergibt sich bei der Gestaltungsrechtstheorie daraus, daß bei Einräumung des Gestaltungsrechtes noch keinerlei Verpflichtung zur Übertragung des Grundstückes geschaffen wird. Zum ersten und einzigen Male verpflichtet man sich beim Verkauf an den Dritten. Die Formalisierung für die von uns vertretene Theorie ergibt sich daraus, daß mit dem Einräumungsvertrage schon eine, wenn auch noch bedingte Verpflichtung begründet wird, das Eigentum am Grundstücke zu übertragen.

Während früher das Reichsgericht schwankte,[17]) steht es heute auf dem Boden des Formzwanges und hat sich in einem Urteil der vereinigten Zivilsenate[18]) endgültig für Anwendung des § 313 entschieden.

Nach der Gestaltungsrechtstheorie ist also bloß der Verkauf an den Dritten zu formalisieren. Die Kosten dieser Beurkundung fallen dem Käufer zur Last (§ 449 Satz 2 BGB.).[19]) Das Vorkaufsrecht würde hiernach jede Kauflust völlig lahmlegen. Der Dritte hat doch meist so schon ein zweifelhaftes Interesse am Kauf, und gar erst, wenn er noch die Kosten des notariellen Vertrages zu tragen hat, um wahrscheinlich das Grundstück doch nicht zu erhalten. Ist es nicht unnatürlich, daß man sich ausgerechnet gegenüber dem Dritten, der das Grundstück wohl nicht bekommt, formell bindet, dagegen gegenüber dem Vorkaufsberechtigten, der es wohl erhält, Formlosigkeit Platz greifen soll? Die Gestalt des Dritten taucht doch meistens bloß für einen Moment auf, um gleich wieder in der Versenkung zu verschwinden. Und gerade ihm gegenüber strenge Formalität!

Hier soll gerade umgekehrt versucht werden, zu begründen, daß auch ein formloser Vorverkaufsvertrag bei Grundstücken das Vorkaufsrecht zur Reife bringt.

Da nämlich nach § 313 die Auflassung und Eintragung den Formmangel heilt, könnte der Verpflichtete das Vorkaufsrecht leicht vereiteln. Er könnte im Einverständnis mit dem

---

[15]) Das gleiche gilt für die Eintritts- und die Ermächtigungstheorie.

[16]) Ebenso nach der Offerten- und der Vorvertragstheorie; bei letzterer bestritten, z. B. von Lewandowski S. 49; vgl. jedoch Dernburg Bd. 2, 2 S. 109.

[17]) Für Formfreiheit RG. Bd. 60 S. 225 (v. 4. 3. 1905); RG. v. 19. 5. 1907, im Recht 1907 S. 763; andere bei Lewandowski S. 1, 52 ff.; Kayser S. 1.

[18]) RG. Bd. 72 S. 387; nach Kayser S. 83 gewissermaßen auf einem Irrtum beruhend! Aber schon RG. Bd. 67 S. 43 ff. vertritt die Form auf Grund unserer Theorie.

[19]) Fischer-Henle zu § 449 N. 4.

Dritten die Form außer acht lassen und sofort auflassen. Will man nicht dem Berechtigten ein Recht auf formellen Abschluß des Vorverkaufsvertrages gegen den Verpflichteten einräumen, so muß man notgedrungen zu unserer Ansicht kommen.[20])

Man wende nicht ein, ein solcher Vertrag wäre überhaupt kein Vertrag. Das widerlegt der § 313 selber, indem er von ihm als von „einem solchen Vertrage" spricht; und zweitens kann aus einem Nichts durch Eintragung nicht ein Etwas werden, und doch heilt diese den Formmangel. Man wende auch nicht ein, dann wäre der Nachweis, daß der Vorverkaufsvertrag geschlossen ist, schwierig. Dasselbe könnte man bei Mobilien ins Feld führen, die oft wertvoller als Grundstücke sind, deren Verkauf aber nicht formalisiert ist. Will der Dritte sich aber den Eigentümer für alle Fälle binden, so mag er es ja immerhin tun und die Kosten daran wagen. In Fällen, wo die Ausübung des Vorkaufsrechtes sicher erfolgt, wird er es bleiben lassen.

Dagegen sprechen dafür, daß der Einräumungsvertrag zu formalisieren ist, gewichtige Gründe. Die Form des § 313 ist allerdings einmal da, damit der Eigentümer nicht unbedacht verkaufe und veräußere.[21]) Dann aber doch auch deshalb, damit man sich in der Person des Käufers vorsieht.[22]) Der Möglichkeit, sich bei der Auswahl der Person zu übereilen, darf nicht Tür und Tor geöffnet werden. Der Hinweis, hier böten die §§ 323, 322 BGB. genügenden Schutz,[23]) ist verfehlt, da man mit demselben Rechte die Notwendigkeit des § 313 überhaupt bestreiten könnte.

Unser Resultat zu aa ist: Der obligatorische Vertrag bedarf bei Grundstücken der Form des § 313.

bb) Die Abrede, ein obligatorisches Vorkaufsrecht zu verdinglichen (Station b des § 7), bedarf keiner Form. Es wird ja keine neue Verpflichtung begründet, sondern die Abrede geht lediglich darauf, eine schon bestehende Verpflichtung zu sichern, gerade wie wenn die Abrede auf Eintragung einer Vormerkung ginge.

---

[20]) Dagegen die allgemeine Ansicht. Keetmann S. 62 hält einen solchen formlosen Vertrag für „nichtig". Reuß S. 46 erstreckt sogar die Mitteilungspflicht auf die Form. Unser Resultat nähert sich dagegen etwas der natürlicheren gemeinrechtlichen Praxis, die die Ausübung schon bei Verkaufsabsicht gestattete. Hier kann natürlich die Gestaltungsrechtstheorie nicht mitmachen, da dann das Grundstück formlos überginge.

[21]) Prot. Bd. 2 S. 99.

[22]) Daß dies mit Hauptzweck des § 313 ist, gibt selbst, obwohl noch für Formlosigkeit eintretend, RG. Bd. 60 S. 225 zu.

[23]) Kayser S. 82 f.

Ebenso, wenn a und b vereinigt werden, der Vertrag sogleich auf Einräumung eines dinglichen Vorkaufsrechtes ginge, bedürfte ein solcher Vertrag wie einer, der bloß auf Einräumung eines obligatorischen Rechtes geht, natürlich bloß einmaliger Beurkundung.

cc) Nun kommt die weitere Frage, ob die Einigung, der dingliche Vertrag einer Form bedarf. Sie bedarf selbstredend, soll sie bindend sein, der Form des § 873 Abs. 2. Nun behauptet aber Lewandowski S. 64 ff., die Einigung bedürfe nach unserer Theorie[24]) außerdem noch der Form des § 313, und gesetzt auch, der obligatorische Vertrag wäre formalisiert und eingetragen, so wäre doch anderen Falles der Eintrag nichtig wegen Formmangels bei der Einigung. Lewandowski will hier, obwohl er einer anderen Ansicht folgt, auch unserer Konstruktion den Weg weisen.

Folgen wir selbst einen Augenblick der oben abgelehnten Ansicht, daß das obligatorische Vorkaufsrecht erst mit dem dinglichen zusammen, also erst mit der Eintragung entstehe, so lehnen wir trotzdem die Notwendigkeit der Form des § 313 ab. Die Verpflichtung zur Grundstücksübertragung hätte auch dieser Ansicht nach ihre Wurzel schon in dem obligatorischen Vertrage, dieser wäre also, wie oben festgestellt, zu formalisieren, und nur dieser, nicht indessen nochmals der dingliche Vertrag. Ebenso ist z. B., wenn ein Vorvertrag auf Übertragung eines Grundstückes formalisiert ist, nicht außerdem noch der Hauptvertrag zu formalisieren. Dem § 313 ist der rechtspolitische Gedanke zu entnehmen, daß nur die erstmalige Verpflichtung zu formalisieren ist, nicht jede weitere Stufe, die natürlich jene erstmalige obligatorische Verpflichtung in sich birgt, diese dem Ziele näher bringt, aber deshalb auch jene dem obligatorischen Vertrag anhaftende erstmalige Formalisierung mit konzipiert und keiner erneuten Form bedarf. Bloß wenn ein Grundstück zum ersten Male den Weg aus dem Eigentum des einen in das des anderen beschreitet, ist Vorsicht geboten, also bei der erstmaligen Bindung. Ist dieser Schritt aber einmal getan, so hat das Gesetz alles andere als die Absicht, das rasche Vorwärtsschreiten auf diesem Wege durch Formalien zu hemmen; denn Verträge, wenn einmal eingegangen, sollen erfüllt werden; für Kautelen ist es dann zu spät.

---

[24]) Dieses Resultat wäre, selbst bei Richtigkeit, für die Vertragstheorie nicht „vernichtend“ (Lewandowski S. 65 Nr. 180); Kayser S. 85 nennt es bloß „unerquicklich“. Doppelte Form beim dinglichen Vertrag verlangt tatsächlich Fuchs zu § 1094 N. 3 Ia; Hilscher S. 35; im Prinzip auch Immerwahr S. 294.

Aber wir stehen ja auf dem Standpunkte, daß mit Abschluß des auf Bestellung eines dinglichen Rechtes gerichteten obligatorischen Vertrages schon ein obligatorisches Vorkaufsrecht zustande gekommen ist. Darnach bedeutet für uns die Einigung weiter nichts als einen Schritt zur Sicherung einer schon bestehenden Verpflichtung, kein erstmaliges Entstehen einer bisher noch nicht vorhandenen Verpflichtung. Ganz deutlich ist dies, wenn nicht ein neues dingliches Vorkaufsrecht begründet werden, sondern ein schon vorhandenes obligatorisches verdinglicht werden soll. Mit demselben Rechte wie hier könnte man schließlich für die Auflassung die Form des § 313 verlangen.

Des weiteren verlangen wir für das Vorkaufsrecht dasselbe Privileg wie für den unbedingten Kauf, daß durch die Einigung (die hier völlig formlos sein kann) und Eintragung der Formmangel des § 313 geheilt wird.

Unser Resultat ist also folgendes: Formzwang des § 313 für das Kausalgeschäft, Formfreiheit für die unverbindliche Einigung, Formzwang des § 873 Abs. 2 für die verbindliche Einigung. Demnach ist der Unterschied, den Hilscher[26]) als Hauptfrucht seiner Arbeit herauskonstruiert, daß nämlich beim dinglichen Vorkaufsrecht eine Beurkundung mehr nötig sei als beim obligatorischen, durch Vormerkung gesicherten, nicht vorhanden. Praktisch befriedigt dies Resultat schon deshalb, weil die Wirkungen in beiden Fällen ziemlich die gleichen sind.

dd) Bei Vermächtnis genügen die erbrechtlichen Vorschriften, da man Grundstücke in diesen Formen auch unbedingt vermachen kann. Der rechtspolitische Gedanke des § 313 trifft nicht zu.

Dagegen ist bei der Auslobung BGB. § 313 analog anzuwenden, diese also zu formalisieren.

§ 9.

Die betroffenen Objekte.

1. Was die Objekte, den Gegenstand, auf den sich die Rechte erstrecken, angeht, besteht ein Gegensatz zwischen dem obligatorischen Vorkaufsrecht einerseits, dem dinglichen und der vorgemerkten Kaufsachforderung andererseits. Dieser läßt sich zurückführen auf den unser heutiges Sachenrecht beherrschenden Grundsatz der Erkennbarkeit der dinglichen (und dinglich wirkenden) Rechte. Diese sollen, wie jedermann gegenüber wirk-

[26]) vgl. Hilscher S. 37.

sam, so auch jedermann gegenüber erkennbar sein. Bei den Mobilien nun gilt als Mittel der Erkennbarkeit der Besitz, bei Immobilien die Eintragung in das Grundbuch. Da man aber dem Vorkaufsberechtigten nicht gut den Besitz der Sache übertragen konnte,[1]) hat das heutige Recht das dingliche Vorkaufsrecht auf das Gebiet des Grundbuches eingeschränkt: Gegenstand des dinglichen Vorkaufsrechts kann nach § 1094 nur ein Grundstück sein;[2]) gleichgestellt sind Erbbaurechte[3]) sowie andere durch Landesgesetz dem Eigentum gleichgestellte Rechte.

Die Vormerkung stellt ja lediglich ein Mittel dar, um allzu schroffe Wirkungen unseres Grundbuchsystem (§ 892) abzuschwächen, und auch sie ist daher an den Bereich des Grundbuches gefesselt. Gegenstand der vorgemerkten Kaufsachforderung sind demnach ebenfalls bloß Eigentum und gleichgestellte Rechte an einem Grundstücke.

Hingegen kann das obligatorische Vorkaufsrecht alle Vermögenswerte erfassen, die Gegenstand des Kaufes sein können, also bewegliche und unbewegliche Sachen, Rechte und Gesamtheiten.[4])

2. Haben wir soeben dinglichem Vorkaufsrechte und der Vormerkung betreffend eine Kaufsachforderung die Grenzen gleichweit abgesteckt, so ist nunmehr zu betonen, daß das Gebiet der Vormerkung nach einer Richtung hin weiter ist. Eine Vormerkung kann nämlich alles schützen, was an Grundstücken kaufbar ist, reale und ideelle Anteile. In letzterem Punkte dagegen ist das dingliche Vorkaufsrecht durch positive Bestimmung eingeengt.

a) Beim realen Grundstücksteile ist das Grundstück selber als in Teile zerlegt gedacht; das Teilrecht erstreckt sich bloß auf einen solchen Teil, nicht über das ganze Grundstück hin.

An einem solchen Teile ist, wie die Bestellung eines obligatorischen Vorkaufsrechtes, auch ein Kauf und eine daraus resultierende vorgemerkte Kaufsachforderung denkbar.

Auch ein dingliches Vorkaufsrecht ist an und für sich zulässig. Das ergibt sich einmal aus den Ausführungen der Motive zu diesem Punkte,[5]) ferner a contrario aus § 1095, der bloß bei (ideellen) Bruchteilen die Zulässigkeit der Bestellung beschränkt.

---

[1]) Und weil ein praktisches Bedürfnis fehlte (Mott. Bd. 3 S. 449).
[2]) Eine Ausnahme unten.
[3]) vgl. für diesen Fall GBO. § 7.
[4]) Trotzdem soll im folgenden der Kürze halber auch hier schlechthin von Grundstück, Eigentum usf. geredet werden.
[5]) Mot. Bd. 3 S. 454.

Tatsächlich dagegen ist eine Bestellung an realen Grundstücksteilen ausgeschlossen, da die GBO. in § 6 vorschreibt, daß in diesem Falle der Grundstücksanteil als selbständiges Grundstück einzutragen sei. Dann bildet eben das neue Grundstück nicht mehr einen Teil des alten. Die Abschreibung kann unterbleiben, wenn keine Verwirrung zu besorgen ist.[6])

b) Beim ideellen Grundstücksanteil handelt es sich nicht um einen Teil des Grundstückes selber, der Substanz; sondern das Recht am Grundstück ist in Teile zerlegt (Beispiel: das Miteigentum der §§ 1008 ff.).

Hier ist wiederum ein obligatorisches Vorkaufsrecht und eine Vormerkung für die Kaufsachforderung möglich.[7]) Ein Alleineigentümer kann mir also sein Eigentumsrecht zu einem Drittel verkaufen.

Dagegen ist ein dingliches Vorkaufsrecht an einem „Bruchteil“ [8]) nur möglich, wenn dieser in dem Anteile eines Miteigentümers besteht. Es kann also nicht der Alleineigentümer eine Quote absondern. Die Gründe sind Mangel an praktischem Bedürfnisse und Schwierigkeit der Grundbuchführung.[5]) Würde das Gesetz schweigen, so wäre eine solche Bestellung statthaft. Falsch ist es, wenn Pauls S. 19 sagt, das Gesetz hätte in § 1095 einen Ersatz für den retractus ex jure condominii „geschaffen“. Denn diese Bestimmung wirkt ja lediglich negativ, und das Vorkaufsrecht am Bruchteile kann auch einem extraneus bestellt werden.

Für diesen Fall sind verschiedene Möglichkeiten denkbar. Die Miteigentümer räumen sich gegenseitig[9]) oder aber einem extraneus das Recht ein. Bei Gesamtverkauf kann der Berechtigte sein Recht auf den einen Teil beschränken, wenn das Recht von den mehreren separatim eingeräumt ist. Anders dagegen, wenn ihm alle zusammen ein Vorkaufsrecht am Ganzen eingeräumt haben. Dann kann das Recht nur fürs Ganze oder überhaupt nicht ausgeübt werden.[10])

Nicht bestellt kann das Vorkaufsrecht werden an einer Quote eines Miteigentumsanteiles, ebenso nicht durch einen oder

---

[6]) vgl. Planck Bd. 3 S. 417 Anm. 3; Biermann, Sachenrecht S. 289 zu § 1095.

[7]) Hierzu Immerwahr S. 331.

[8]) § 1095. Daß ideelle Anteile gemeint sind, ergibt sich auch aus den Mot. Bd. 3 S. 454; Immerwahr S. 311.

[9]) Wird hier von jedem immer der Gesamtheit der anderen das Vorkaufsrecht eingeräumt, so kommt dies im praktischen Endresultate dem retractus ex jure condominii gleich.

[10]) v. Seeler S. 68.

mehrere Gesellschafter zur gesamten Hand. Wohl aber kann ein Gesamthänder ein obligatorisches Vorkaufsrecht am Ganzen oder an einem Teile bestellen, ebensogut wie ers an einem fremden Grundstücke kann.

3. Ein obligatorisches Vorkaufsrecht erfaßt im Zweifel auch das Zubehör.[11]) Ebenso schützt die Vormerkung auch den Anspruch, soweit er sich auf das Zubehör erstreckt. Das gleiche ist fürs dingliche Vorkaufsrecht, da ja die allgemeinen Regeln der Schuldverhältnisse hier nicht ipso jure Anwendung finden, ausdrücklich bestimmt im § 1096.

Auf diese Weise kann es kommen, daß sich das dingliche Vorkaufsrecht und die Vormerkung auch auf bewegliche Sachen erstrecken. Der Verpflichtete (Gläubiger) ist übrigens nicht gehindert, über das Zubehör anderweit zu verfügen; werden Zubehörstücke ohne die Hauptsache verkauft, so ist nach herrschender Ansicht der Fall des Vorverkaufes nicht gegeben; die Zubehörstücke entschwinden für immer dem Machtbereich selbst des dinglich Vorkaufsberechtigten. Richtiger dürfte es sein, dies bloß im Zweifel anzunehmen. Denn ist das Zubehör wesentlich, so kann dessen Verkauf sehr wohl als Teilverkauf aufgefaßt werden.

Dagegen kann der Vormerkungsgläubiger veräußerte Zubehörstücke immer an sich ziehen. Der Grund ist derselbe, wegen dessen hier Belastungen unwirksam, beim Vorkaufsrecht dagegen wirksam sind, und unten § 18, 2, b, cc dargelegt.

Einen Anspruch, daß entweder alles oder nichts verkauft wird, hat übrigens der Berechtigte nicht. Ein Teilverkauf ist also gestattet.[12])

4. Besondere Vorschriften gelten sowohl beim obligatorischen wie beim dinglichen Vorkaufsrechte für den Mengekauf (Klumpen- oder Samtkauf.[13])

§ 10.

Die bei der Begründung beteiligten Subjekte.

Sowohl beim Zustandekommen der Vormerkung als auch bei der Entstehung des Vorkaufsrechtes sind bloß zwei Personen vorhanden. Beim Vorkaufsrecht heißen diese Verpflichteter und Vorkaufsberechtigter (Berechtigter), bei der Vormerkung Schuldner und Gläubiger.

---

[11]) BGB. § 314.
[12]) Anders das sächs. BGB.; vgl. Katz S. 55, 56; Mot. Bd. 2 S. 348.
[13]) vgl. die §§ 508, 1098 Abs. 1 BGB.; Keetmann S. 64—66.

In beiden Fällen kommen die Rechte bloß dann zur vollen Wirkung, zur Entfaltung ihrer Eigenart, wenn ein einstweilen noch unbestimmter Dritter, beim Vorkaufsrechte je nachdem Dritter, Käufer oder Eigentümer, beim vorgemerkten Anspruch Erwerber genannt, auslösend dazwischen tritt; bei der Vormerkung hat also das Auftreten eines bloßen „Käufers" noch nicht die auslösende Wirkung. Da es sich hier indessen um Voraussetzungen der Wirkungsentfaltung handelt, ist davon erst später zu reden.

1. Zunächst kann bei allen drei Rechten auf der Aktiv- wie auf der Passivseite eine individuell bestimmte Einzelperson stehen. Diese Einzelperson kann wieder eine physische oder eine juristische Person sein.

Es können auch auf der Aktiv- und Passivseite mehrere Personen stehen, entweder von Anfang an oder nachträglich, z. B. infolge Teilung des Aktiv- oder Passivgrundstückes beim subjektiv dinglichen Vorkaufsrechte. Personenmehrheit auf der Aktivseite kann bei der Vormerkung vorkommen, wenn eben der geschützte Anspruch mehreren zusteht.

Für den Fall der Mehrheit von Vorkaufsberechtigten trifft das Gesetz spezielle Fürsorge für den Fall, daß einer von ihnen sein Recht nicht ausüben kann oder will. Es liegt ja ein gemeinschaftliches Recht vor;[1]) jedem Gemeinschafter steht ein Anteil an diesem Rechte zu, über den er verfügen kann.[2]) Ausgeübt dagegen kann dieses quotenmäßige Recht nicht werden, es ist vielmehr Ausübung im ganzen erforderlich.[3]) Im oben erwähnten Falle aber geht der Anteil des Rechtes auf die anderen Berechtigten über. Das gleiche gilt, wenn die Teilberechtigtung des einen durch Verzicht oder Fristversäumnis erloschen ist.[4])

2. Für das dingliche Vorkaufsrecht und die Vormerkung ergibt sich gegenüber dem obligatorischen Vorkaufsrecht die Besonderheit, daß der Verpflichtete (Schuldner) eingetragener Eigentümer sein muß. Das folgt aus unserem Grundbuchsystem (BGB. § 873, GBO. § 40).

3. Für das dingliche Vorkaufsrecht speziell jedoch gilt noch eine Besonderheit. Während bei der Vormerkung und dem obligatorischen Vorkaufsrecht der Gläubiger (Vorkaufsberechtigte) immer individuell bestimmt ist, kann dieser beim dinglichen Vorkaufsrechte auch durch das jeweilige Eigentum an einem Grund-

[1]) BGB. §§ 741 ff.; vgl. Keetmann S. 50.
[2]) BGB. § 747.
[3]) BGB. § 513 Satz 1.
[4]) BGB. § 513 Satz 2 (Anwachsung); vgl. dazu Mot. 2 S. 348.

stücke bestimmt werden; das dingliche Vorkaufsrecht kann auch, wie man sagt, subjektiv dinglich sein.[5])

Diese Regelung beruht auf dem wirtschaftlichen Grundgedanken, daß ein Vorkaufsrecht oft nicht den Interessen einer bestimmten Person, sondern vielmehr denen eines Grundstückes zustatten kommt. Dies Resultat läßt sich nicht durch Vormerkung eines obligatorischen Vorkaufsrechtes erreichen. Die in den Materialien angeführten Beispiele sind besonders instruktiv: ein Großgrundbesitzer veräußert Parzellen an kleine Bauern, ein Großfabrikant an seine Arbeiter, um sich einen Arbeiterstand zu sichern. Hier ist es sozusagen eine Existenzfrage des Hauptgrundstücks, in wessen Hände diese Parzellen gelangen; deshalb hilft nur ein Vorkaufsrecht, das mit dem Grundstück als solchem verbunden wird, das als „Bestandteil des Grundstücks“ [6]) gilt.

§ 11.

Übergang der Rechte auf ein anderes Subjekt.

Zunächst ist klarzustellen, was hier verglichen werden soll. Der Übergang von Rechten und Pflichten aus der vorgemerkten Kaufsachforderung nur insoweit, als Besonderheiten gegenüber dem Übergang einer gewöhnlichen Kaufsachforderung aufzuweisen sind.

Beim Vorkaufsrechte bleibt außer Betracht der Übergang von Rechten und Pflichten nach Ausübung des Rechtes, im Stadium des Vorkaufs. In Vergleich gestellt wird vielmehr das erste Stadium, das des bedingten Kaufvertrages.

Zunächst soll der Wechsel auf der Aktivseite, die Nachfolge in die Rechte dargestellt werden.

1. Die Regelung der Übertragung der vorgemerkten Kaufsachforderung steht im scharfen Gegensatze zur Übertragung der Vorkaufsrechte, so daß es sich empfiehlt, die Übertragung der ersteren vorweg zu behandeln. Nur der Mitübergang der Vormerkung steht hier in Frage. Da diese bloß eine Eigenschaft des Anspruchs darstellt (oben § 4), ist sie nicht ohne den Anspruch existenzfähig, also auch nicht ohne ihn übertragbar. Wohl aber ist umgekehrt die Forderung ohne die Vormerkung übertragbar, welchenfalls die Vormerkung erlischt.

Im Regelfalle geht aber die Forderung mit allen ihren Eigenschaften über. Dies ergibt sich aus dem § 398, wonach mit der

---

[5]) BGB. § 1094.
[6]) BGB. § 96.

Abtretung der neue Gläubiger „an die Stelle“ des bisherigen Gläubigers tritt. Jener erlangt also im Zweifel ohne weiteres die Rechte aus der Vormerkung, wie er ja auch eine verjährte Forderung in dieser Eigenschaft übernimmt.

Nach unserer Konstruktion der Vormerkung ist es also unnötig, den § 401 BGB. heranzuziehen;[1]) fände er Anwendung, so wäre es immerhin nur eine analoge. Überflüssig ist es auch, allein aus dem Grunde, um die Übertragbarkeit der Vormerkung im Wege der Zession zu erklären, sie als besonderes Recht zu konstruieren.[2])

Haben Schuldner und Gläubiger den Übergang der Vormerkung im Falle einer Zession ausgeschlossen, so bindet das bloß obligatorisch. Das folgt aus der analogen (oder für den, der die Vormerkung als besonderes Nebenrecht der Forderung betrachtet, direkten) Anwendung des § 137. Wir haben also nicht den § 399 anzuwenden. Das praktische Bedürfnis, event. die Übertragbarkeit mit Wirkung gegen Dritte auszuschließen, liegt bloß bei der Forderung als solcher vor,[3]) nicht bei einzelnen Eigenschaften (oder Nebenrechten) derselben.

Fraglich ist, ob die Vormerkung eine „Urkunde über die Schuld“ im Sinne des § 405 BGB. darstellt, dem gutgläubigen Zessionar gegenüber also die Einreden des Scheingeschäftes usf. versagen. Grundsätzlich bleiben bei der Übertragung alle Einreden gegen den neuen Gläubiger bestehen; der Schuldner kann sie alle geltend machen. Im scharfen Gegensatz hierzu steht das dingliche Vorkaufsrecht, bei dem der Verpflichtete dem Neuerwerber gegenüber nur solche Einreden hat, die dieser kannte oder die aus dem Grundbuch hervorgingen. Die Vormerkung wird also nicht des guten Glaubens des § 892 teilhaftig. Eine dem § 1138 BGB. entsprechende Bestimmung ist nicht getroffen.

Ebenso wie im Vertragswege, geht die vorgemerkte Kaufsachforderung auf den Erben des Berechtigten in dieser Gestalt über, im Gegensatz zu den Vorkaufsrechten, wo Übertragbarkeit und Vererblichkeit eine Ausnahme bilden.

Sowohl beim Übergang unter Lebenden als von Todeswegen kann der neue Gläubiger Umschreibung der Vormerkung auf seinen Namen verlangen.[4])

2. Wie gesagt, ist das Vorkaufsrecht grundsätzlich nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben des Berechtigten

---

[1]) Fischer-Henle zu § 401 Anm. 1.
[2]) Leyser S. 28.
[3]) vgl. Staudinger zu § 399 Anm. 3.
[4]) vgl. Leyser S. 28 f.

über (§ 514). Dies gilt gemäß § 1098 gleichermaßen fürs dingliche wie fürs obligatorische Vorkaufsrecht.

Bezüglich der Nichtvererblichkeit gilt indessen für beide Vorkaufsrechte eine Ausnahme; wenn nämlich das Recht auf eine bestimmte Zeit beschränkt ist, so ist es im Zweifel vererblich.[5])

Eine zweite Ausnahme dagegen greift nur für das obligatorische Vorkaufsrecht Platz. In allen Fällen, also nicht nur bei zeitlicher Beschränkung, kann hier sowohl Vererblichkeit wie auch Übertragbarkeit durch Parteiwillkür festgesetzt werden. Lebhaft umstritten ist allerdings die Frage, ob dies nicht auch fürs dingliche Vorkaufsrecht gelte, ob durch Herübernahme des § 514 ins Sachenrecht nicht auch hier ausnahmsweise der Parteiabrede Raum geschaffen sei, ob es also nicht ein dauerndes und frei übertragbares subjektiv-persönliches dingliches Vorkaufsrecht kraft Parteibestimmung geben kann. Wir verneinen hier diese Frage.[6])

Dazu zwingt uns die Rücksicht auf die schon oben behandelte zwingende Natur der sachenrechtlichen Normen und die Tendenz des Gesetzes, dingliche Rechte und speziell wirtschaftlich so schwer lastende wie das dingliche Vorkaufsrecht, wie gegenständlich, so auch zeitlich zu begrenzen. Eine diesbezügliche Vorschrift des Entwurfs erster Lesung (§ 959) wurde als überflüssig gestrichen. Frei übertragbar und vererbbar ist bloß ein subjektiv-dingliches Vorkaufsrecht, aber auch nur mit dem Grundstücke zusammen.

Immerwahr S. 292 weist mit Recht darauf hin, daß die §§ 504—514 insgesamt rezipiert sind, daß jeder dieser Paragraphen im Obligationenrecht dispositiver Natur sei, dies bloß im § 514 besonders deutlich hervorgehoben werde, daß aber deshalb kein Anlaß sei, diesen bei der Herübernahme ins Sachenrecht vor den anderen zu privilegieren.

Die Annahme, daß zwar bei befristetem Vorkaufsrecht dieses auch als dingliches vererbbar ist, sonst aber nicht, ist

---

[5]) Dies ist indessen fürs dingliche Vorkaufsrecht bestritten. Die Rechtfertigung unten.

[6]) Ebenso: Böhm S. 137; Endemann Bd. 2 S. 434; Gierke S. 353; Immerwahr S. 290 ff.; Meisner Bd. 2 S. 200; Pauls S. 43; Reuß S. 32; Mot. Bd. 3 S. 456; Prot. Bd. 3 S. 765. And. A.: Biermann, Sachenrecht zu § 1094; Cosack Bd. 2, 1 S. 337; Dernburg Bd. 2, 2 § 94 Anm. 1; Fuchs S. 356; Hilscher S. 31; Kayser S. 34; Keetmann S. 39; v. Knöringen S. 47; Männer S. 260; Mathiaß Bd. 2 S. 133; Oberneck S. 433; Planck Bd. 3 S. 421; Predari S. 433; Strecker S. 51; Turnau-Förster zu § 1098 IIa, b; Winkler S. 45 ff.

dabei keine Inkonsequenz. Hier sagt das Gesetz: „ist nicht vererblich, sofern nicht ein anderes bestimmt", dort dagegen: „ist im Zweifel vererblich". Die Vererblichkeit beruht letzterenfalls nicht auf Parteiwillkür, wie es beim zeitlich unbeschränkten der Fall wäre, sondern unmittelbar auf Gesetz. Daß für die Wendung „im Zweifel" auch im Sachenrecht Raum ist, beweist z. B. § 926 Abs. 1 Satz 2.

Natürlich soll der dinglich Vorkaufsberechtigte besser gestellt sein als der bloß obligatorisch Berechtigte.[7]) Dieser Vorzug liegt aber in der Sicherung und besagt nicht, daß nun überhaupt keine Einschränkung gegenüber dem obligatorischen Rechte Platz greifen dürfe.

Auch die Ansicht Hilschers,[8]) daß bei unserer Ansicht § 1103 überflüssig wäre, ist nicht richtig. Denn die Umwandlung eines subjektiv-dinglichen in ein subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht und umgekehrt wäre keine „Art der Übertragung", sondern, wie Hilscher selber beifügt, „der Trennung und der Verwandlung". Verbot der Übertragung schließt aber noch nicht Verbot der Umwandlung in sich.

3. An Besonderheiten sind beim dinglichen Vorkaufsrecht gegenüber dem obligatorischen und der vorgemerkten Kaufsachforderung noch zu erwähnen:

a) Jenes kann, wie oben dargestellt, als subjektiv dingliches bestellt werden. Ein solches Recht ist dann nicht selbständig vererblich und steht dem jeweiligen Eigentümer zu, ist also mit dem Eigentum vererblich und übertragbar. Es bildet einen Bestandteil des Grundstücks, geht mit diesem ipso jure über, also auch in der Zwangsvollstreckung auf den Ersteigerer mit dem Zuschlage.[9]) Selbstverständlich liegt hierbei ein Fall von Singularsukzession in das Vorkaufsrecht vor,[10]) können also z. B. dem Neuerwerber in demselben Umfang wie jedem andern Erwerber eingetragener Rechte die gegen den alten Eigentümer zustehenden Einreden entgegengehalten werden. Nur insofern unterscheidet sich diese Singularsukzession von anderen, daß sie sich notwendigerweise bei Gelegenheit einer anderen Singularsukzession und in deren Formen vollzieht.

b) Eine weitere Eigentümlichkeit des dinglichen Vorkaufsrechtes liegt darin, daß es nicht durch Konsolidation erlischt,[11])

---

[7]) So argumentiert Kayser S. 34 gegen Immerwahr.
[8]) Hilscher S. 32.
[9]) Keetmann S. 40.
[10]) Anders Keetmann S. 50. Aber was soll es denn sonst sein?
[11]) BGB. § 889.

während wir beim obligatorischen Vorkaufsrechte und der vorgemerkten Kaufsachforderung die Konfusion unter den Erlöschungsgründen finden werden. Und zwar bleibt das dingliche Vorkaufsrecht bei vollem Bestande.

aa) Wird also das Passivgrundstück wieder weiterveräußert, so kann der bisherige Eigentümer bei einmaligem Vorkaufsrechte es zwar nicht geltend machen. Aber nicht aus dem Grunde, weil es ihm nicht zusteht, sondern weil er es doch nicht gegen sich selber geltend machen kann und weil in der Weiterveräußerung ein Verzicht auf Geltendmachung liegt.

Bei mehrmaligen Vorkaufsrechte dagegen kann der Berechtigte, wenn der jetzige Erwerber weiterverkauft, sein Vorkaufsrecht wieder ausüben. Bei einem subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechte z. B. wird der Berechtigte, ein Großgrundbesitzer, von seinem Bauern zum Erben eingesetzt. Wenn er nun die Parzellen wieder verkauft, braucht er sich kein neues Vorkaufsrecht bestellen zu lassen, da das alte ja nicht erloschen ist. Bloß das erste Mal, wenn er selber verkauft, kann er aus dem oben angegebenen Grunde es nicht ausüben.

bb) Dieselbe Erscheinung haben wir, wenn derjenige, in dessen Hand das Passivgrundstück und das Vorkaufsrecht sich vereinigen, nicht jenes, sondern dieses (so weit möglich) weiter veräußert, z. B. beim subjektiv-dinglichen Vorkaufsrecht mit dem Aktivgrundstück. Wird dann auch das Passivgrundstück verkauft, so kann vorgekauft werden.

cc) Manche nun kommen ebenfalls zu den unter aa) und bb) dargestellten praktischen Ergebnissen, konstruieren aber im vollen Widerspruche damit den Rechtszustand während der Vereinigung.[12]) Wie ist dieser zu denken?

In solchem Falle steht dem Eigentümer des Passivgrundstückes das dingliche Vorkaufsrecht zu, nicht nur, soweit es dingliche Bestandteile enthält, sondern auch das zugrundeliegende obligatorische Vorkaufsrecht. Die Forderung steht hier dem Gläubiger ausnahmsweise gegen die eigene Person zu; die Konstruktion des Vorkaufsrechtes als formell dingliches Recht hat die Wirkung, daß auch das obligatorische Recht über Wasser gehalten wird. Bloß ist die Geltendmachung des gegen sich selber zustehenden Rechtes ausgeschlossen.

Die entgegengesetzte Ansicht läßt lediglich eine Wirkung gegen Dritte übrig bleiben, die in der Luft schwebt, eine selbständig fortvegetierende vormerkende Wirkung (§ 1098 Abs. 2),

---

[12]) So z. B. v. Knöringen S. 27—29.

während der obligatorische Anspruch durch Konfusion erloschen sein soll. Das Merkwürdige ist aber, daß mit Eintritt der Trennung auf einmal in die leere Hülle wieder ein Körper fahren soll, wieder eine Obligation aus dem Nichts auftauchen soll, und dazu ausgerechnet eine, die der alten, durch Konfusion untergegangenen aufs Haar ähnlich sieht.[13]) Die Obligation kann also nicht untergegangen sein.

4. Die Form der Übertragung unter Lebenden ist für das obligatorische Vorkaufsrecht und die vorgemerkte Kaufsachforderung die Zession,[14]) für das dingliche Vorkaufsrecht wäre es die Einigung und Eintragung; da wir aber die Übertragbarkeit leugnen, kommt nur der Fall des subjektiv-dinglichen Rechtes in Betracht, und hier vollzieht sich der Übergang durch Auflassung und Eintragung.[15]) Bei der vorgemerkten Kaufsachforderung kann, muß aber nicht Umschreibung erfolgen, beim dinglichen Vorkaufsrecht ist sie obligatorisch. Hier ist der Übergang Folge, dort Voraussetzung der Eintragung.

§ 12.

Wechsel auf der Passivseite.

1. Hier heben sich die vorgemerkte Kaufsachforderung und das obligatorische Vorkaufsrecht scharf von dem dinglichen ab.

Die Verpflichtungen aus jenen können ohne Mitwirkung des Gläubigers (Berechtigten) unter Lebenden nicht auf eine andere Person übergehen, da die Obligation zwischen den zwei Personen besteht, durch diese zwei Personen individualisiert ist.

Ohne Übergang des Objektes ist ein Übergang der Pflichten aus der vorgemerkten Kaufsachforderung als solcher begrifflich ausgeschlossen, beim obligatorischen Vorkaufsrechte ist die wohl schwer erlangbare Mitwirkung des Berechtigten nötig (BGB. §§ 414 f.). Die Situation wäre hernach dieselbe, wie wenn der neue Verpflichtete dem Berechtigtem am Grundstücke des ursprünglich Verpflichteten, also an einem fremden, das Vorkaufsrecht eingeräumt hätte.

Vorgemerkte Kaufsachforderung und obligatorisches Vorkaufsrecht werden aber auch bei Übergang des Objektes nur

---

[13]) vgl. die widerspruchsvollen Ausführungen v. Knöringens S. 28 f.
[14]) BGB. §§ 398 ff.
[15]) BGB. §§ 925, 873.

dann mitübertragen, wenn Erwerber und Gläubiger (Berechtigter) damit einverstanden sind.[1])

Andernfalls besteht nach wie vor die Obligation zwischen den zwei alten Kontrahenten weiter. Beim Vorkaufsrecht verwandelt sich die Forderung in einen Schadensersatzanspruch; die vorgemerkte Kaufsachforderung dagegen führt kraft ihrer dinglichen Wirkung auch jetzt noch zum Ziele; doch spielt auch dann der Erwerber nicht die Rolle eines in die Obligation Eingetretenen (vgl. §§ 18, 19).

2. Beim dinglichen Vorkaufsrechte können die sich aus dem Einräumungvertrage ergebenden Pflichten überhaupt nicht ohne das Grundstück auf eine andere Person übergehen; nur der Eigentümer des Grundstücks kann passiv verpflichtet sein.

Mit dem Objekt ist es dagegen übertragbar, wenn es für mehrere oder alle Verkaufsfälle bestellt ist. Dies ist fürs dingliche Vorkaufsrecht ausdrücklich zugelassen in § 1097,[2]) beim obligatorischen hätte eine derartige Bestimmung ja keinen Sinn. In diesem Falle geht die Verpflichtung aus dem Einräumungsvertrage auf den Erwerber, also einen Singularzukzessor über. Dies gilt einmal dann, wenn der Berechtigte einen Verkaufsfall unbenützt verstreichen läßt, aber auch dann, wenn sich die Veräußerung nicht als Verkauf darstellt, das Recht also gar nicht hätte ausgeübt werden können. Wie bei einmaligem Vorkaufsrechte nun bei andersartiger, nicht auf Grund eines Verkaufes erfolgender Veräußerung das Recht untergeht (§ 14), so wird in diesem Falle die Zahl der Ausübungsmöglichkeiten um eine verringert. Auf diese Weise kann auch ein mehrmaliges Vorkaufsrecht unter Umständen nicht zum Ziele führen.

Der Erwerber ist in solchem Falle nicht mehr Dritter wie der Erwerber des Grundstücks bei der Vormerkung oder bei einmaligem ausgeübten dinglichen Vorkaufsrechte, sondern Verpflichteter; der alte Eigentümer wird Dritter, bei der Vormerkung bleibt er Gläubiger.

3. Da mit dem Tode die gesamte Rechtspersönlichkeit des Erblassers auf den Erben übergeht, gehen auch die Pflichten aus dem Einräumungsvertrage und aus der vorgemerkten Kaufsachforderung über. Da für das obligatorische Vorkaufsrecht nichts ausdrücklich anders bestimmt ist, richtet sich die Ver-

---

[1]) Ohne Mitwirkung des Gläubigers läge interne Schuldübernahme vor; beim Vorkaufsrecht nimmt Pauls S. 49 mit dem Reichsgerichte Vertrag zugunsten Dritter an.

[2]) Die Vereinbarung muß dann ins Grundbuch eingetragen werden.

erblichkeit nach allgemeinen Grundsätzen.[3]) Fürs dingliche Vorkaufsrecht ergibt sich die Vererblichkeit aus § 1097.

Die vorgemerkte Kaufsachforderung ist kraft positiver Vorschrift[4]) gegenüber der Einrede der beschränkten Erbenhaftung mit dinglicher Durchschlagskraft ausgestattet. Dies gilt aber nur, soweit der Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist, also nicht z. B. gegenüber dem Anspruch, den der Käufer auf Beseitigung einer im Range vor seiner Vormerkung eingetragenen Hypothek nach § 439 Abs. 2 BGB. hat.[5])

§ 13.

Veränderungen der Rechte.

Von der Entwicklung der Rechte und den Veränderungen, die sie durh Verkauf und Verfügung an einen Dritten erleiden, soll hier noch nicht gesprochen werden. Die Rechte können aber schon vorher, im ersten Stadium, Veränderungen unterliegen.

1. So kann sich das Objekt des Rechtes ändern, durch natürliche oder rechtliche Vorgänge vermindern oder vermehren. Es werden z. B. Zubehörstücke angeschafft, es wird einem Grundstücke ein neues zugeschrieben, es werden Zubehörstücke veräußert; auch können die betroffenen Grundstücke mit Hypotheken belastet werden usf. Inwieweit solche nach Entstehung der Rechte sich vollziehenden Vorgänge dem Berechtigten gegenüber allerdings Bestand haben, ist erst später zu betrachten.

Beim dinglichen Vorkaufsrecht speziell ist eine an sich mögliche Art der Veränderung, die Umwandlung eines subjentiv dinglichen in ein subjektiv-persönliches Recht und umgekehrt verboten.[1]) Ausgeschlossen ist also hier eine Abänderung der Art der Übertragbarkeit. Der Gesetzgeber hat hier die ganz verschiedene Natur uud wirtschaftliche Zweckbestimmung dieser beiden Arten von dinglichen Vorkaufsrechten hervorgehoben. Gegen die Umwandlung eines subjektiv-persönlichen in ein subjektiv-dingliches spräche schon das Prinzip der Begrenzung des Inhaltes der dinglichen Rechte. Der Weg über die Neubegründung natürlich steht jederzeit offen.

---

[3]) vgl. Kayser S. 35; Immerwahr S. 292; Oertmann S. 500.

[4]) BGB. § 884. Dasselbe folgt für das dingliche Vorkaufsrecht aus seiner Natur als dingliches Recht, gilt nicht fürs obligatorische.

[5]) Ein instruktives Beispiel bringt Leyser § 13.

[1]) BGB. § 1103.

2. Die vorgemerkte Kaufsachforderung kann nicht dinglich belastet werden, da der Anspruch durch die Vormerkung nicht zum dinglichen Rechte geworden und dem Eigentume gleichgestellt ist. Auch Vormerkungen auf Einräumung von Rechten an dem durch die Vormerkung gesicherten Rechte sind undenkbar.[2]) Vielmehr wird der vorgemerkte Anspruch nach den Regeln der ZPO. §§ 828 ff. gepfändet. Die Pfändung ergreift den Anspruch dann in der Gestalt, den er durch die Vormerkung erhalten hat.

Dagegen sind die aus den bestellten Vorkaufsrechten entspringenden Forderungen nur insoweit pfändbar und verpfändbar, als die Rechte übertragbar sind.[3]) In diesem Sinne ist auch das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht nicht übertragbar, da es ja nicht nach Belieben übertragen werden kann. Die Hypothek am herrschenden Grundstücke dagegen erfaßt auch das Vorkaufsrecht, da es ja einen Bestandteil desselben darstellt und die Unübertragbarkeit nur Nichtübertragbarkeit ohne das Grundstück bedeutet. Aus der Mitübertragbarkeit folgt die Mitverpfändbarkeit. Das Recht des Pfandgläubigers am dinglichen Vorkaufsrecht bestimmt sich dann nach den §§ 1273 ff. BGB.; kommt es zur Zwangsversteigerung, so geht das Vorkaufsrecht mit dem Grundstücke auf den Ersteigerer über.

Wie das pfändbare Vorkaufsrecht im Wege der Zwangsvollstreckung auf eine andere Person übergehen kann, so kann das auch im Konkurse des Vorkaufsberechtigten der Fall sein. So weit die Vorkaufsrechte der Zwangsvollstreckung unterliegen, gehören sie zur Konkursmasse.[4]) Die vorgemerkte Kaufsachforderung ist dagegen immer Bestandteil der Konkursmasse.

Ein Vorkaufsrecht kann im Konkurse durch Verkauf verwertet werden oder dadurch, daß es der Konkursverwalter bei Eintritt des Vorkaufsfalles ausübt. Im ersteren Falle können unter Umständen hohe Preise in Aussicht stehen, z. B. vom anderen Nachbarn; beim subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechte hätte das nackte Grundstück für die Masse oft einen viel geringeren Wert. Dagegen verbleibt ein unübertragbares Vorkaufsrecht dem Gemeinschuldner, der aber durch Ausübung während Dauer des Konkurses die Masse vermehrt. Denn der Erwerbstatbestand ist ja schon bei Bestellung des Vorkaufsrechtes im wesentlichen verwirklicht; treten auch die beiden Suspensivbedingungen erst nach Konkurseröffnung ein, so gehört das Erlangte dennoch zur Masse.

---

[2]) Blum S. 47.
[3]) Katz S. 44; BGB. § 1274 Abs. 2, ZPO. § 851.
[4]) KO. § 1.

§ 14.

Beendigung der Rechte.

Während sich bei Behandlung der Erlöschungsgründe nur des Vorkaufsrechtes allein die Einteilung[1]) empfehlen würde

a) in solche Gründe, die Erlöschung herbeiführen, noch ehe es zu einer Entscheidung über Eintritt oder Ausfall der Suspensivbedingungen kommen kann;

b) solche, die Erlöschung herbeiführen dadurch, daß eine der an die Ausübung geknüpften Suspensivbedingungen dauernd vereitelt wird, und endlich

c) solche, die das Recht nach Eintritt der Bedingungen zum Erlöschen bringen,

wollen wir hier wieder unserer schon bei der Betrachtung der Entstehungsgründe beobachteten Einteilung folgen.

Wir teilen die Beendigungsgründe darnach ein in

a) solche, die ipso jure kraft Rechtssatzes Platz greifen, und rechnen hierher auch solche, bei denen zwar die Partei tätig wird, ohne aber gerade die Beendigung zu beabsichtigen, ohne daß diese der Zweck ihres Handelns zu sein braucht;

b) solche, die kraft richterlicher Anordnung das Erlöschen bewirken, und

c) solche kraft der gerade auf Beendigung abzielenden Parteiabsicht.

1. Unter den unmittelbar kraft Rechtssatzes wirkenden Erlöschungsgründen ist es zunächst

a) der Zeitablauf, der den Rechten in mehrfacher Gestalt Untergang droht, einmal in Form der

aa) Verjährung. Hier hebt sich die Vormerkung scharf ab sowohl vom obligatorischen als (aus doppeltem Grunde sogar) auch vom dinglichen Vorkaufsrechte. Die vorgemerkte Kaufsachforderung unterliegt der Verjährung nach BGB. § 194. Der § 902 BGB., wonach eingetragene Rechte der Verjährung nicht unterliegen, findet keine Anwendung.[2]) Ursprünglich war im Gesetz ein entsprechender Zusatz geplant,[3]) wurde aber als selbstverständlich weggelassen. Denn die Vormerkung macht aus dem Anspruche nicht schon ein eingetragenes Recht; der

---

[1]) Immerwahr S. 338f.; vgl. Reuß S. 53; Keetmann S. 93.

[2]) Anders z. B. Othmer S. 75f. gemäß seiner Konstruktion der Vormerkung. Inkonsequent Fuchs S. 197.

[3]) vgl. Prot. Bd. 3 S. 118; Othmer S. 75—77.

Anspruch bleibt Anspruch; die Blöße der Verjährbarkeit bleibt, wird durch die Vormerkung nicht gedeckt. Die Eintragung als solche unterbricht nicht einmal die Verjährung. Und noch mehr! Obwohl ja ein verjährter Anspruch noch ein Anspruch ist, kann in diesem Falle Beseitigung der Vormerkung kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung verlangt werden.[4]) Die Klage hierauf entspricht nicht der Berichtigungsklage des § 894 BGB., ist nicht dinglicher, sondern obligatorischer Natur.

Dagegen ist bei den Vorkaufsrechten eine Verjährung undenkbar. Denn wie aus unserer Definition des Vorkaufsrechtes hervorgeht, versteht man darunter das Recht, durch Herbeiführen einer Bedingung ein Rechtsverhältnis zu modifizieren; dies ist kein Anspruch im Sinne des § 194 BGB.[5]) Der bedingte Anspruch auf Eigentumsübertragung aus dem Bestellungsvertrage aber unterliegt deshalb nicht der Verjährung, weil eben zum Entstehen im Sinne des § 198 BGB. der Eintritt der Suspensivbedingung gehört.[6]) Ein verjährbarer Anspruch entsteht also erst mit Ausübung des Vorkaufsrechtes.

Die Verjährung des dinglichen Vorkaufsrechtes ist außerdem schon deshalb ausgeschlossen, weil es im Gegensatz zum vorgemerkten Anspruche zu den eingetragenen Rechten gehört, die der Verjährung nicht unterliegen.[7])

bb) Aber zwei andere Wege stehen offen, auf denen Zeitablauf ein Vorkaufsrecht zum Erlöschen bringen kann (abgesehen von der erst unter 3 zu besprechenden Beifügung einer Befristung). Da diese Arten des Erlöschens im Wesen des Vorkaufsrechtes begründet sind, kommen sie bei der vorgemerkten Kaufsachforderung überhaupt nicht in Betracht.

Der eine Weg, der an und für sich wohl gangbar ist und in früherer und ausländischer[8]) Gesetzgebung auch begangen wird, ist der, dem Vorkaufsrecht überhaupt eine zeitliche Grenze zu stecken, wie das z. B. fürs Wiederkaufsrecht[9]) geschehen

---

[4]) BGB. § 886.

[5]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 352. Ders. A.: Keetmann S. 95; v. Knöringen S. 48; Reuß S. 48; Rudert S. 50; Staudinger zu § 510 Anm. II, 5; Planck zu § 510 Anm. 2a. And. A. Matthiaß S. 291; Katz S. 82. Dabei ist zu berücksichtigen, daß man je nach Konstruktion zur Annahme der Verjährbarkeit gezwungen wird.

[6]) Fischer-Henle zu § 198 Anm. 3.

[7]) BGB. § 902.

[8]) vgl. Art. 681 Abs. 3 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches v. 10. 12. 1907, wonach das vorgemerkte Vorkaufsrecht mit Ablauf von 10 Jahren seit der Vormerkung erlischt.

[9]) BGB. § 503: Bei Grundstücken 30 Jahre, sonst 3. Übrigens ist der Wiederkauf nicht mit dem Verkauf unter Einräumung eines Vorkaufsrechtes zu verwechseln.

ist. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat indessen beim Vorkaufsrecht aus Gründen, die die Motive[10]) anführen, diese Art der Begrenzung verworfen und sich auf andere Weise geholfen, vor allem durch Festsetzung der prinzipiellen Unübertragbarkeit und Unvererblichkeit. Es sind so kompliziertere, aber auch feinere, den wirtschaftlichen Bedürfnissen sich besser anpassende Abstufungen zustande kommen.

Die andere Möglichkeit besteht darin, daß das Gesetz Präklusivfristen absteckt, innerhalb deren das Recht ausgeübt werden muß, widrigenfalls es ganz oder für diesen Fall erlischt. Diese laufen von der Anzeige des Verpflichteten an den Vorkaufsberechtigten,[11]) daß an den Dritten verkauft sei, daß also die erste der Suspensivbedingungen eingetreten sei. Die Frist kann demnach nicht beginnen, wenn der Verkauf an den Dritten nicht rechtsbeständig ist. Daß aber der Verkauf eines Grundstückes hierzu nicht der Form des § 313 BGB. bedarf, ist oben § 8 dargelegt.

Die Frist beträgt bei Grundstücken 2 Monate, sonst 1 Woche.[12]) Die Fristen können beim obligatorischen Vorkaufsrecht anders festgesetzt werden.[13]) Bei der Fassung des Gesetzes und beim Wegfalle der oben für § 514 erwähnten Bedenken wird dies auch fürs dingliche Vorkaufsrecht gelten.[14])

Da die Präklusivfrist ein Ende der Ungewißheit vor allem im Interesse des Dritten herbeiführen will, kann auch der Dritte die Mitteilung von Abschluß und Inhalt des Vertrages machen. Dabei greift bei den beiden Vorkaufsrechten folgender Unterschied Platz: Beim obligatorischen kann der Dritte mitteilen, solange er noch nicht das Eigentum erworben hat, dagegen beim dinglichen erst, nachdem er Eigentümer geworden ist, und hier auch jeder weitere Dritte.[15]) Die Anzeige des Verpflichteten oder Dritten kann unter den betreffenden Voraussetzungen und Formen ersetzt werden durch eine öffentliche Zustellung.[16])

Statt den Ablauf der Präklusivfrist abzuwarten, kann der Vorkaufsberechtigte auch schon vor Ablauf dem Verpflichteten gegenüber auf die Ausübung verzichten; ein solcher Verzicht ist bindend. Nach Ablauf der Frist dagegen ist ein Verzicht

---

[10]) Mot. Bd. 2 S. 351.
[11]) BGB. § 510.
[12]) BGB. §§ 510 Abs. 2, 1098 Abs. 1.
[13]) § 510 Abs. 2 Satz 2 BGB.
[14]) vgl. Keetmann S. 76.
[15]) BGB. §§ 510 Abs. 1 Satz 2, 1099 Abs. 1.
[16]) BGB. § 132 Abs. 2, ZPO. §§ 203—207.

entweder überflüssig oder unzulässig, da sich der Berechtigte nicht einseitig aus dem durch die Ausübung geschaffenen Schuldverhältnisse lösen kann.

Ist das Vorkaufsrecht als mehrmaliges bestellt, so wird durch Verstreichen der Präklusivfrist die Zahl der Ausübungsmöglichkeiten um eine vermindert. Wie Versäumung der Präklusivfrist wirkt es, wenn nach Ausübung des Vorkaufsrechtes der Vorkauf nach allgemeinen Grundsätzen, etwa durch Rücktritt, wieder rückgängig gemacht wird.

Erlischt auf diese Weise das dingliche Vorkaufsrecht, so ist das Grundbuch unrichtig geworden, und es greift das Berichtigungsverfahren nach § 894 BGB. Platz.

b) Außer Zeitablauf können auch noch andere Ereignisse ohne Zutun der Partei die Rechte zum Erlöschen bringen.

aa) Vorkaufsrecht wie vorgemerkter Anspruch erlöschen mit Untergang des Objektes. Da die dingliche Rechtsänderung noch nicht eingetreten ist, trägt natürlich der Verpflichtete (Schuldner) die Gefahr des zufälligen Untergangs, der Berechtigte (Gläubiger) aber eben insofern, als sein Recht dadurch verloren geht.[17])

bb) Die unvererblichen Vorkaufsrechte erlöschen durch den Tod des Berechtigten, während die vorgemerkte Kaufsachforderung stets auf den Erben übgeht.

cc) Vorgemerkte Kaufsachforderung und obligatorisches Vorkaufsrecht erlöschen durch Konfusion, da grundsätzlich niemand sein eigener Schuldner, sein eigener Gläubiger sein kann; die Vormerkung ist in solchem Falle bedeutungslos, zur leeren Hülle geworden.

In solchem Falle findet das Berichtigungsverfahren nach § 894 BGB. zwar nicht direkt Anwendung; denn die Vormerkung ist kein Recht am Grundstücke, auch kein Recht an einem solchen Rechte, ebenso keine Verfügungsbeschränkung (vgl. § 4); sie ist nur die dingliche Sicherung eines Rechtes auf das Eigentum. Da aber § 886 BGB. die Beseitigung der Vormerkung schon dann für zulässig erklärt, wenn dem Anspruch eine dauernde Einrede entgegensteht, so muß sie doch erst recht dann tilgbar sein, wenn der Anspruch überhaupt erloschen ist. Hierzu bleibt kein anderer Ausweg als die analoge Anwendung des § 894.[18])

---

[17]) vgl. Kisch S. 60.

[18]) Gegen ein Berichtigungsverfahren Leyser § 7; KGE. Bd. 20 S. 217, Bd. 21 S. 288. Für direkte Anwendung z. B. Fischer-Henle zu § 894 Anm. 2; Staudinger zu § 894 S. 212/13. Letzterer erklärt auch Eintrag eines Widerspruchs für angängig (zu § 899 S. 223).

Daß hingegen das dingliche Vorkaufsrecht durch Konsolidation nicht erlischt, haben wir oben bei der Lehre von der Übertragung gesehen; selbst ein einmaliges erlischt nicht, sondern die Löschung muß hinzukommen. Der Untergang erfolgt nach BGB. § 875, nicht greift Berichtigungsklage Platz. Keetmann S. 98 bestreitet dies fürs einmalige Recht mit Hinweis auf den § 1097, der eine Ausnahme gegenüber § 889 darstellen soll. Doch will § 1097, wie aus seinem übrigen Inhalte hervorgeht, bloß eine Beschränkung für Begründung von Vorkaufsrechten geben, nicht dagegen einen ipso jure wirkenden Erlöschungsgrund aufstellen. Das Wort „Vorkaufsrecht" in § 1097 ist überdies bloß eine Abkürzung für „Ausübung des Vorkaufsrechts". § 1097 sagt nicht, wann das Recht vorhanden ist, sondern, wann es ausgeübt werden kann, nämlich im Falle des Vorkaufs durch den Eigentümer usf. Wie das Recht selber, die Befugnis, schon vor diesem Zeitpunkt, nämlich vom Einräumungsvertrage ab, vorhanden ist, so auch noch nachher, sofern nicht andere Erlöschungsgründe Platz greifen.

Dagegen könnte sich die gegnerische Ansicht auf ein anderes Argument berufen. Wie soll, falls die Ausübung des dinglichen Vorkaufsrechtes ausgeschlossen, dieses selbst aber wie in unserem Falle nicht erloschen ist, der Grundbucheintrag aus der Welt geschafft werden? Ein Berichtigungsverfahren nach § 894 ist ja unzulässig und ein „materielles Berichtigungsverfahren", wie es für die Vormerkung nach § 886 gegeben ist, kennt das Gesetz fürs dingliche Vorkaufsrecht nicht. Diese Bedenken erledigen sich aber dadurch, daß ja bei Konsolidation der Eigentümer zur Löschung nicht die Bewilligung eines Dritten nach GBO. § 19 braucht, er selber vielmehr der Betroffene ist; bei Weiterveräußerung des Grundstückes aber kann der Erwerber aus dem Kaufe usf. auf Beseitigung des Eintrages klagen.

dd) Eine Beendigungsart, die nur den eingetragenen Rechten zu eigen ist, also beim obligatorischen Vorkaufsrechte nicht in Betracht kommt, ist diejenige infolge fälschlicher Löschung.

Und zwar hat die vorgemerkte Kaufsachforderung sofort bei Löschung ihren Charakter als vorgemerkter Anspruch verloren, existiert nicht mehr als solche; wer das Grundstück erwirbt, erwirbt es vollwirksam auch gegenüber dem Vorgemerkten, selbst wenn er das falsche Löschen der Vormerkung kannte. Das Löschen der Vormerkung wirkt also vernichtend, konstitutiv. Das Grundbuch wird nicht unrichtig. Deshalb ist Eintragung eines Widerspruches (BGB. § 899) und ein Berichtigungsverfahren in solchem Falle ausgeschlossen. Haben wir auch § 894 oben zu bb) aus zwingenden Gründen zwecks Löschung der Vormerkung

analog angewandt, so liegen solche Gründe hier nicht vor. Was die praktische Folge angeht, so kommt der Gläubiger zu einer neuen Vormerkung viel schneller als im Wege der Berichtigungsklage auf dem für diesen Fall ja besonders geebneten Wege der einstweiligen Verfügung (vgl. § 6, 2 b aa).

Ganz anders wirkt das falsche Löschen beim dinglichen Vorkaufsrecht. Hier bleibt nicht bloß ein obligatorisches Vorkaufsrecht übrig, sondern ein volles dingliches. Bloß wenn nun der Eigentümer das Grundstück an einen gutgläubigen Dritten weiter veräußert, erlischt das dingliche Vorkaufsrecht (§ 892 BGB.). Hier ist also Kenntnis des Nochbestehens wesentlich und hindert den Untergang des Rechtes. An und für sich würde bei derartigem Untergang des dinglichen Vorkaufsrechtes das obligatorische weiterbestehen. Da ein solches aber durch Veräußerung des Grundstückes an einen Dritten erlischt (unten c, cc), bleibt nicht einmal ein obligatorisches Vorkaufsrecht übrig.[19])

ee) Der Konkurs über das Vermögen des Passivbeteiligten bezw. die Zwangsvollstreckung in das Passivgrundstück sind hier nur insoweit zu behandeln, als sie Beendigungsgründe darstellen. Das Weitere gehört in den § 16.

Dementsprechend scheidet die vorgemerkte Kaufsachforderung hier aus; sie wird in obigen Fällen nicht zum Erlöschen gebracht, sondern entfaltet gerade in solcher Situation ihre volle Kraft.

Dagegen können Vorkaufsrechte zur Beendigung kommen, und zwar obligatorische in weiterem Maße als dingliche. Das obligatorische Vorkaufsrecht kann nämlich nicht ausgeübt werden, geht also unter, wenn der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung[20]) oder durch den Konkursverwalter erfolgt, letzterenfalls gleichgültig, ob der Verwalter den Weg der Zwangsversteigerung oder den des freihändigen Verkaufes wählt.[21]) Der Grundgedanke ist der, daß solche Objekte sonst schlecht verwertbar wären und die Lage des Gemeinschuldners noch verschlechtert würde.

Hingegen kann das (einmalige oder mehrmalige) dingliche Vorkaufsrecht auch dann ausgeübt werden, wenn das Grundstück von dem Konkursverwalter aus freier Hand verkauft wird.[22])

---

[19]) Ebenso (ohne Begründung) Pauls S. 52.

[20]) Eine solche ist indessen nicht schon dann anzunehmen, wenn eine Willenserklärung nach ZPO. § 894 durch Urteil ersetzt wird. Hingegen wird man das Vorkaufsrecht auch nicht beim Pfandverkauf einer dem Pfandgläubiger verpfändeten Sache gewähren.

[21]) BGB. § 512.

[22]) BGB. § 1098 Abs. 1 Satz 2.

Dagegen kann auch das dingliche Vorkaufsrecht bei Verkauf in der Zwangsversteigerung[23]) nicht ausgeübt werden. Das einmalige dingliche geht also unter. Beim mehrmaligen ist zu unterscheiden. Geht es bei der Einzelzwangsvollstreckung dem betreibenden Gläubiger nach und soll es nicht kraft ausdrücklicher Festsetzung in den Versteigerungsbedingungen stehen bleiben, so geht es gleichfalls mit dem Zuschlage unter;[24]) event. findet Vergütung aus dem Zwangsversteigerungserlös statt.[25]) Im Konkurse dagegen und wenn es bei der Einzelzwangsvollstreckung dem betreibenden Gläubiger vorgeht, bleibt es erhalten. Der Höchstbetrag des Ersatzes kann übrigens nach BGB. § 882 durch Eintragung ins Grundbuch bestimmt werden.

Die Nichtausübbarkeit im Falle der Zwangsversteigerung kann besonders bei einem subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechte hart empfunden werden. Für das vorgemerkte obligatorische Vorkaufsrecht kommt Hilscher (S. 46) zum Resultat, daß trotz BGB. § 883, KO. § 24, ZVG. § 48 wie beim nicht vorgemerkten § 512 volle Anwendung findet. Das dürfte zum mindesten zweifelhaft sein.

c) Endlich kann der Rechtssatz, der die Rechte unmittelbar zum Erlöschen bringt, diese seine Wirkung auch knüpfen an ein Handeln der Parteien. Dieses ist indessen nicht auf den Erfolg, die Beendigung gerichtet, braucht es wenigstens nicht zu sein. Ähnlich spricht man ja z. B. vom gesetzlichen Wohnsitz, auch wenn dieser ausnahmsweise absichtlich begründet ist. Mit anderen Worten: Hinsichtlich der Beendigung stellen sich die hier zu besprechenden Parteihandlungen nicht als Rechtsgeschäfte, sondern als Rechtshandlungen dar.

aa) Die vorgemerkte Kaufsachforderung erlischt durch Erfüllung des Anspruchs.

Das obligatorische Vorkaufsrecht erlischt dagegen bereits mit der Ausübungserklärung, erschöpft sich darin; der Kauf als unbedingter bleibt übrig.

Beim dinglichen dagegen bringt erst die Erfüllung des Anspruchs, die Übertragung das Erlöschen; denn das dingliche Vorkaufsrecht behält auch nach der Ausübungserklärung noch seine Bedeutung, ist dadurch noch nicht erschöpft, will nicht nur einen

---

[23]) Als solche ist hier nicht zu betrachten die freiwillige Zwangsversteigerung (ZVG. §§ 180 ff.).

[24]) ZVG. §§ 91 Abs. 1, 52 Abs. 1.

[25]) Eine Vergütung hält für ausgeschlossen Katz S. 81 f., da das Vorkaufsrecht „nicht auf Erlangen einer Geldsumme" gerichtet sei; er übersieht dabei den § 92 Abs. 1 ZVG. Wie er Jaeckel zu § 92 ZVG. S. 322. Unserer Ansicht z. B. Keetmann S. 100; Planck Bd. 3 zu § 882 Anm. 2 u. 3; Fischer-Henle zu § 882 Anm. 1.

unbedingten Kauf zustande bringen, sondern darüber hinaus noch die Übertragung.

Erlangt der Berechtigte infolge der Ausübung das Eigentum am Grundstück, so ist auch das mehrmalige dingliche Vorkaufsrecht erloschen. Dieser Fall ist nicht mit dem der Konsolidation (oben b, bb) zu verwechseln. Es greift vielmehr hier das Berichtigungsverfahren Platz. Katz S. 82 läßt das mehrmalige Vorkaufsrecht erst durch die „festgesetzte Zahl der Ausübungen" erlöschen. Der Unterschied zwischen einmaligem und mehrmaligem Vorkaufsrechte besteht indessen nur hinsichtlich des „wann", nicht hinsichtlich des „wievielmal".

bb) Zum Erlöschen kommen die Vorkaufsrechte kraft ihrer Natur außerdem durch Vornahme eines auf Veräußerung gerichteten Verpflichtungsgeschäftes, das sich nicht als Verkauf darstellt (BGB. §§ 504, 1097). Das obligatorische erlischt auf diese Weise immer, das dingliche nur, wenn es als einmaliges bestellt ist. Bei mehrmaligem dinglichen hat sich die Zahl der Vorkaufsmöglichkeiten um eine vermindert.

Nach herrschender Ansicht ist das Wort „Verkauf" extensiv zu interpretieren. Das Erfordernis läßt sich vielleicht dahin formulieren, daß verlangt wird oneroses, auf Veräußerung gerichtetes Geschäft ohne Mitspielen von Affektionsinteressen bei Leistung und Gegenleistung.[26]) Gegen Schikane bei Bestimmung der Gegenleistung schützt § 507. Was im einzelnen unter Verkauf zu rechnen ist (ob Tausch, ob Hingabe an Erfüllungstatt usf.), soll hier nicht untersucht werden.[27])

Einen Fall, in dem das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden kann, hebt das Gesetz speziell hervor, den sogen. Kindskauf, d. h. einen Verkauf an einen gesetzlichen Erben mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht.[28]) Dies ist zwar rechtlich eine reine Singularsukzession,[29]) der wirtschaftliche Erfolg kommt indessen dem einer antizipierten Universalsukzession nahe; ein starkes Affektionsinteresse an der Person des Gegenkontrahenten spielt mit. Nicht nur jetzt ist die Ausübung ausgeschlossen, auch wenn der Kindskäufer nachher nicht Erbe wird, kann nicht nachträglich vorgekauft werden.[30]) Ebenso kommt umgekehrt

---

[26]) vgl. BGB. § 507; Mot. Bd. 2 S. 349.

[27]) vgl. z. B. Keetmann S. 63; Katz S. 47; Planck zu § 504b; Staudinger zu § 515; Mot. Bd. 2 S. 345, 367f.

[28]) BGB. § 511, z. B. an die Frau, nicht dagegen an die testamentarisch eingesetzte Schwiegertochter.

[29]) Falsch Keetmann S. 96.

[30]) vgl. Keetmann S. 68; Oertmann S. 299; Staudinger zu § 511 Anm. 2.

bei Weiterverkauf durch den Kindskäufer die Tatsache nicht in Betracht, daß er Erbe geworden ist. Das Vorkaufsrecht kann nicht etwa beim Weiterkauf ausgeübt werden,[31]) obwohl ja sonst die Pflichten aus dem Einräumungsvertrage auf die Erben übergehen (vgl. § 12, 3). Beim mehrmaligen Vorkaufsrechte kommt auch hier ein Fall in Abzug.

Ist übrigens auf diese Art ein persönliches oder dingliches Vorkaufsrecht untergegangen, so lebt es nicht wieder auf, wenn der ursprünglich Verpflichtete auf irgendeine Weise das Eigentum wiedererlangt.[32])

cc) Durch Veräußerung an einen Dritten erlischt das obligatorische Vorkaufsrecht immer, auch bei Kenntnis des Dritten vom Vorkaufsrechte. Das dingliche Vorkaufsrecht und die vorgemerkte Kaufsachforderung erlöschen in diesem Falle dagegen nicht.

2. Durch richterlichen Akt kann das obligatorische Vorkaufsrecht überhaupt nicht erlöschen. Hingegen kommt beim dinglichen Vorkaufsrecht und der vorgemerkten Kaufsachforderung

a) ein Aufgebotsverfahren vor. Dies regelt sich beide Male nach den für die Ausschließung eines Hypothekengläubigers geltenden Vorschriften.[33]) Die Ausschließung geschieht im Wege des Aufgebotsverfahrens.[34]) Es müssen 10 Jahre seit der letzten Eintragung verstrichen sein und der Verpflichtete (Schuldner) darf das Recht innerhalb dieser Frist nicht in einer zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Weise anerkannt haben. Der Unbekanntheit des Berechtigten (Gläubigers) steht wohl gleich der Fall, daß der bekannte Berechtigte sein Recht nicht nachweisen kann. Denn auch hier ist ja ungewiß, wer Berechtigter ist. Das Ausschlußurteil allein schon wirkt konstitutiv.

Während nun bei der Vormerkung nur diese selber in ihrer Wirkung erlischt, dagegen nicht die zugrunde liegende Forderung,[35]) erlischt beim dinglichen Vorkaufsrechte auch das diesem zugrunde liegende obligatorische.

Beim subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechte kann ein Aufgebotsverfahren nicht stattfinden; das bestimmt das Gesetz ausdrücklich.[36]) Die Vorschrift erscheint auf den ersten Blick

---

[31]) Ebenso Immerwahr S. 298 f.; Keetmann S. 97; Planck zu § 511. And. M. u. a. Fuchs zu § 1097; Reuß S. 37; Pauls S. 33.

[32]) Einen unvollkommenen Schutz gegen Schikanen bieten u. a. die §§ 117, 826 BGB.

[33]) BGB. §§ 887, 1104, 1170.

[34]) ZPO. §§ 932—987, 1024.

[35]) nicht nötig, da diese ja verjährt.

[36]) BGB. § 1104 Abs. 2.

überflüssig, da hier der Vorkaufsberechtigte bekannt ist. Denkbar ist aber z. B. der Fall, daß zwar das Vorhandensein von Erben des ursprünglich Berechtigten, nicht aber deren Person feststeht.

b) Eine Vormerkung kann, wie im Wege der einstweiligen Verfügung begründet, so auch wieder durch Aufhebung derselben zerstört werden. Aufgehoben wird sie z. B. auf Antrag, wenn binnen der in der einstweiligen Verfügung (hier aber wieder nur auf Antrag) bestimmten Frist keine Klage erhoben wird.[37]) Doch zerstört die Aufhebung nicht ipso iure die Vormerkung, sondern erst ein auf Löschung gerichteter Antrag des Eigentümers unter Vorlegung der mit der Vollstreckungsklausel versehenen Entscheidung (GBO. § 25). Gleichgestellt ist die Aufhebung des der Eintragung nach ZPO. § 895 zugrunde liegenden, vorläufig vollstreckbaren Urteiles.

c) Bei der Vormerkung kommen ferner, wie bei der Entstehung (vgl. § 6, 2 b bb), auch für die Löschung zwei Fälle des Grundbuchrechtes in Betracht. Ist für einen unerledigten Antrag wegen Stellung eines neuen eine Vormerkung eingetragen und wird nun der erste Antrag zurückgewiesen, so ist die Vormerkung von Amts wegen zu löschen. Ebenso wenn eine Beschwerde, auf Grund deren eine Vormerkung eingetragen war, zurückgenommen oder zurückgewiesen wird.[38])

3. Endlich können die Rechte auch untergehen durch gerade auf Beendigung abzielende Tätigkeit der Beteiligten.

a) Die Parteien können bei Bestellung des Vorkaufsrechtes eine auflösende Bedingung oder Befristung beifügen; geschieht letzteres, so ist das Vorkaufsrecht im Zweifel vererblich. Das Recht endigt mit Eintritt der Bedingung oder Befristung ipso iure. Ebenso kann die Vormerkung bedingt oder befristet eingetragen werden (vgl. § 8, 1).

b) Die Beendigung der Rechte kann auch statt durch eine schon in den Begründungsvertrag aufgenommene Bedingung oder Befristung nachträglich durch besonderen Vertrag herbeigeführt werden.

Das obligatorische Vorkaufsrecht erlischt ohne weiteres formlos mit Vertragsabschluß. Dieser Vertrag ist nicht zu verwechseln mit dem oben bei 1 a bb dargestellten einseitigen Verzicht auf Ausübung des Rechtes nach Abschluß eines Vorverkaufes. Dort wird das einseitige Recht auf Herbeiführung einer Bedingung vernichtet, hier dagegen das ganze sich aus dem Einräumungsvertrage ergebende Schuldverhältnis aufgehoben;

---

[37]) ZPO. § 941 Abs. 3, Abs. 2 Satz 2.
[38]) GBO. §§ 18 Abs. 2 Satz 2, 76 Abs. 2.

es handelt sich also hier um einen Erlaßvertrag nach BGB. § 397.

Dagegen bringt der obligatorische Aufhebungsvertrag allein das dingliche Vorkaufsrecht noch nicht zum Erlöschen; es findet vielmehr der für die Aufhebung dinglicher Rechte durch Rechtsgeschäft geltende § 875 BGB. Anwendung. Es sind hier genau wie bei der Entstehung die verschiedenen Stadien zu durchlaufen:

a) obligatorischer Vertrag auf Aufhebung des Rechtes,
b) Verzicht (materielles Geschäft) nach § 875,
c) formelle, grundbuchmäßige Erklärung,
d) Löschung.

Der Verzicht entspricht der Einigung bei der Entstehung; das materielle Geschäft ist hier, anders als bei der Begründung, einseitig. Der Verzicht ist formlos, muß jedoch gegenüber dem Grundbuchamte[39]) oder dem Berechtigten abgegeben werden. Er kann schon vor Löschung bindend gemacht werden nach § 875 Abs. 2.

Natürlich können die Parteien auch bloß die Dinglichkeit im Vertragswege beseitigen; die Wirkung ist die, daß fortan ein obligatorisches Recht besteht. Beim subjektiv-dinglichen Rechte ist dies ausgeschlossen, da ein solches stets auch objektiv-dinglich sein muß.

Bei der vorgemerkten Kaufsachforderung führt Bewilligung oder Beantragung desjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, die Löschung herbei. Dann ist bloß die Sicherung, nicht der Anspruch selber getilgt; die Kaufsachforderung also besteht weiter. Dagegen wird umgekehrt immer mit Erlöschen des Anspruchs die Vormerkung gegenstandslos, ebenso wie ein obligatorisches Vorkaufsrecht nach Wegfall der Dinglichkeit weiterbestehen kann, nicht aber umgekehrt.

c) Beseitigung der Vormerkung kann der Schuldner verlangen, wenn ihm eine peremtorische Einrede gegen den der Vormerkung zugrunde liegenden Anspruch zusteht (BGB. § 886).[40])

§ 15.

Materielle Wirkungen der Rechte vor Abschluß eines Verpflichtungsgeschäftes mit dem Dritten.

1. Der Vertrag, durch den ein obligatorisches Vorkaufsrecht eingeräumt wird, ruft keine anderen Wirkungen hervor wie

---

[39]) Nicht vor dem Grundbuchamt (vgl. GBO. § 29).

[40]) Blum erwähnt S. 49 die „Einrede der Aufrechnung". Abgesehen davon, daß Aufrechnung keine Einrede ist, kommt Aufrechnung hier praktisch kaum in Frage.

jede andere Gläubiger und Schuldner umschlingende Obligation. Der Verpflichtete kann über sein Grundstück weitere Verträge schließen, es z. B. beliebig belasten. In den Beziehungen des Verpflichteten zu seinem Grundstücke tritt keine Änderung ein.

2. Beim dinglichen Vorkaufsrecht und der vorgemerkten Kaufsachforderung ist das obligatorische Band über das Maß einer gewöhnlichen Obligation hinaus verstärkt, dort zu einem dinglichen Rechte gemacht, hier wenigstens mit dinglicher Wirkung ausgestattet.

Trotzdem erfährt die Rechtsstellung des Verpflichteten (Schuldners) auch durch diese Rechte keine weitergehende Minderung wie beim obligatorischen Vorkaufsrechte. Beide haben vor allem nicht den Charakter der Buchsperre, der protestatio de non amplius intabulando.[1]) Nicht nur weitere Verpflichtungsgeschäfte, auch anderweite Belastungen und Veräußerungen sind grundsätzlich voll gültig;[2]) vor allem ist auch der Verpflichtete (Schuldner) an sie gebunden. Der Antrag des Eigentümers auf Eintragung des Dritten bindet das Grundbuchamt.

Bloß eine einzige Person gibt es, der gegenüber die Verfügungsgeschäfte womöglich unwirksam sind; das ist der Berechtigte (Gläubiger); vgl. unten §§ 18, 19. Wird daher nachträglich das Vorkaufsrecht oder die Vormerkung auf irgendeine Weise entkräftet, so bleibt die Verfügung an den Dritten voll in Geltung.

3. Doch bestehen auch wieder Unterschiede in den Wirkungen der Vormerkung und des dinglichen Vorkaufsrechtes, die sich daraus ergeben, daß das Gesetz letzteres als dingliches Recht konstruiert (zum Teile schon oben gestreift). So finden auf das Vorkaufsrecht die allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken[3]) Anwendung. Es verjährt z. B. nicht, teilt den guten Glauben der anderen dinglichen Rechte, nimmt teil am Berichtigungsverfahren usf. Dagegen unterliegt der vorgemerkte Anspruch der Verjährung, er teilt nicht den guten Glauben,[4])

---

[1]) vgl. Mot. Bd. 3 S. 450 für das dingliche Vorkaufsrecht; für die Vormerkung z. B. Biermann S. 158.

[2]) vgl. RG. Bd. 15 S. 270. Staudinger zu § 883 S. 153 will eine Verfügung nach § 875, also in unserm Falle Herbeiführung der Löschung des Eigentums des Verpflichteten (Schuldners) für unzulässig erklären; hierbei stände die Anwendbarkeit des § 1098 Abs. 2 in Frage. Dagegen mit Recht Biermann S. 208.

[3]) BGB. §§ 873—902.

[4]) So die herrschende Ansicht, z. B. Biermann S. 131; anders u. a. Fuchs S. 122, 152; Strohal, Dekanatsprogramm S. 24; gegen ihn Bendix S. 601 Anm. 6. Da die Einräumung einer Vormerkung keine Verfügung ist, kommt auch § 893 nicht in Frage. Umgekehrt ist aber die Vormerkung geeignet, den guten Glauben zu zerstören.

der § 894 BGB. findet bloß analoge Anwendung (vgl. § 14, 1 b cc). Dagegen ist hier wie dort die Einrede der beschränkten Erbenhaftung ausgeschlossen, hier kraft besonderer Gesetzesbestimmung,[5]) dort kraft der Natur der dinglichen Rechte, nicht etwa nach §§ 1098 Abs. 2, 884 BGB., da der Erbe kein Dritter ist.

Da die Vormerkung eines Anspruches noch nicht Erfüllung bedeutet, verbleiben die Nutzungen bis zur Übertragung dem alten Eigentümer; entgegenstehende Vereinbarung hätte bloß obligatorische Wirkung. Desgleichen stehen dem vorgemerkten Gläubiger nicht die Klagen aus dem Eigentume zu.

§ 16.

Prozessuale Wirkungen der Rechte vor Abschluß eines Verpflichtungsgeschäftes mit dem Dritten.

1. Ist ein Streit über das Eigentum des Grundstückes anhängig, so kann der Vorkaufsberechtigte (Gläubiger) auf Grund seines Präjudizialinteresses als Nebenintervenient auftreten.

Beim dinglichen Vorkaufsrecht und der vorgemerkten Kaufsachforderung kommt ferner ZPO. § 266 in Frage. Hiernach hat bei Veräußerung des Grundstücks der Rechtsnachfolger das Recht und die Pflicht, einen anhängigen Prozeß als Hauptpartei zu übernehmen, wenn über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtes für das Grundstück oder einer Verpflichtung auf dem Grundstücke gestritten wird. Dieser Fall kann nur eintreten beim subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechte, wenn das Aktivgrundstück veräußert wird. Nie dagegen bei Veräußerung des Passivgrundstückes; denn weder die Vormerkung noch das dingliche Vorkaufsrecht sind Verpflichtungen, die auf einem Grundstücke ruhen, d. h. Belastungen des Grundstückes.[1]) Blum S. 53 will für die Vormerkung, ohne überzeugende Gründe anzuführen, unterscheiden, ob gegen den Schuldner geklagt wird oder gegen den Dritten, und letzterenfalls § 266 ZPO. anwenden.

Was den Gerichtsstand angeht, so muß man, obgleich es sich beim dinglichen Vorkaufsrechte nicht um eine dingliche „Belastung“ im strengen Sinne handelt, doch diesbezügliche Klagen dem dinglichen Gerichtsstand des § 24 ZPO. überweisen;

---

[5]) BGB. § 884.

[1]) Gaupp-Stein zu § 266 A S. 571; für das Vorkaufsrecht oben § 5 N. 5.

für Klagen aus den anderen Rechten gilt dies nicht. Beim subjektiv dinglichen Vorkaufsrecht entscheidet die Lage des Passivgrundstückes (ZPO. § 24 Abs. 2).

2. Unter Umständen findet Übereignung oder Belastung des Passivgrundstückes im Wege der einstweiligen Verfügung oder des Arrestes statt. Diese stehen den durch den Eigentümer erfolgten freiwilligen Verfügungen durchaus gleich,[2]) so daß auf §§ 18 f. verwiesen werden kann.

3. Daß das obligatorische Vorkaufsrecht in der Zwangsvollstreckung erlischt, haben wir schon oben gesehen; desgleichen auch ein einmaliges dingliches, ein mehrmaliges regelmäßig dann, wenn es dem betreibenden Gläubiger nachgeht (vgl. § 14). Geht es dagegen vor, so bleibt es auf dem Grundstücke lasten,[3]) kann bloß für diesen Fall nicht ausgeübt werden. Das Grundstück wird mit dem Vorkaufsrecht ausgeboten; erfolgt kein Gebot, so ist die Zwangsversteigerung ausgeschlossen. In allen Fällen ist der dinglich Vorkaufsberechtigte als Realinteressent zu laden.[4]) Über diese für den Vorkaufsberechtigten ziemlich ungünstige Regelung suchen die Protokolle[5]) durch den Rat zu trösten, der Berechtigte solle den letzten Bieter noch um ein Geringes überbieten. Indessen ist die bevorzugte Stellung des Berechtigten aufgegeben.

Dank dieser Regelung haben wir das interessante Schauspiel, daß die vorgemerkte Kaufsachforderung, obwohl ja nur eine Forderung, sich stärker erweist als das dingliche Recht. Denn die Vormerkung behält ihre volle Wirkung in jedem Falle, wo sie dem betreibenden Gläubiger vorgeht, auch über die Zwangsversteigerung hinaus bei.[6]) Der Vorgemerkte ist zunächst als Beteiligter zu laden.[4]) Der vorgemerkte Anspruch ist bei Festsetzung des Mindestgebotes voll zu berücksichtigen.[7]) Sehr bestritten ist die Frage, ob eine vorgehende Vormerkung nicht überhaupt zwangsvollstreckungshindernd wirkt.[8]) Doch ist nicht abzusehen, warum eine freiwillige Veräußerung durch den Eigentümer prinzipiell gültig sein soll, eine Veräußerung in der Zwangsvollstreckung dagegen nicht. Frei steht es dem Vor-

---

[2]) vgl. BGB. § 883 Abs. 2 Satz 2.
[3]) ZVG. § 52.
[4]) ZVG. § 9 Ziff. 1.
[5]) Prot. Bd. 3 S. 758.
[6]) BGB. § 883 Abs. 2 Satz 2; vgl. Blum § 18.
[7]) ZVG. §§ 48, 44. Ob und in welchem Umfange dies aber für den Anspruch auf Auflassung gilt, und ob er in den Teilungsplan aufzunehmen ist, ist bestritten.
[8]) ZVG. § 28; vgl. Wolff, ZVG. S. 103—113; Blum S. 55—57; Feldmann S. 30—33.

gemerkten hier wie dort, sein Recht gegen den dritten Erwerber zur Geltung zu bringen.

Biermann (S. 201)[9]) behauptet, daß der nachgehende Vormerkungsgläubiger im Falle der Zwangsvollstreckung nach BGB. § 268 den Gläubiger befriedigen könne. Doch hat ein solches Recht nur derjenige, dem ein dingliches Recht am Grundstücke zusteht. Dem Vorkaufsberechtigten dagegen bleibt es unbenommen, auf diese Weise sein ja formell dingliches Recht gegebenenfalls vor dem Untergange zu retten.

Die Zwangsverwaltung läßt jedwede Art von Vorkaufsrechten wie auch die vorgemerkte Kaufsachforderung unberührt. Der Verpflichtete (Schuldner) bleibt ja Eigentümer des Grundstückes.

4. Im Gegensatz zum obligatorischen Vorkaufsrecht bleibt bei freihändiger Veräußerung durch den Konkursverwalter ein dingliches bei Bestand und kann ausgeübt werden. Kommt nun der Vorkauf zustande, so hat der Konkursverwalter das Wahlrecht nach Konkursordnung § 17; denn es handelt sich um einen schon vor Eröffnung abgeschlossenen Vertrag. KO. § 24 findet hier keine Anwendung, da der Verwalter nicht ein Dritter, sondern der Vertreter des Gemeinschuldners ist (ebenso Jaeger zu § 24 Anm. 4).[10]) Übrigens ist der Verwalter nicht haftbar, ob er die eine oder die andere Art der Verwertung wählt, ob er also das Vorkaufsrecht vereitelt oder nicht.[11]) Während im Normalfalle mehr für die Masse herauskommt bei freihändigem Verkaufe, wählt der Verwalter hier besser die Zwangsversteigerung, weil sonst das Vorkaufsrecht den Preis drücken wird.

Wie in der Zwangsvollstreckung, so erweist sich auch hier wieder die Vormerkung stärker als das dingliche Vorkaufsrecht.[12]) Der Gläubiger kann in jedem Fall gemäß KO. § 24 Erfüllung verlangen, er braucht sich nicht dem Wahlrechte des Verwalters zu unterwerfen. Ebensowenig hat ein Zwangsvergleich gegen ihn Wirkung.[13])

Statt vom Verwalter Erfüllung nach KO. § 24 zu verlangen, kann der Vormerkungsgläubiger nach Biermann (S. 200) auch

---

[9]) Ebenso z. B. Fischer-Henle zu § 268 N. 2.

[10]) In eine Zwickmühle gerät hier die Gestaltungsrechtstheorie, will sie nicht § 24 KO. für anwendbar erklären; § 59 KO. findet keine Anwendung. Der Berechtigte hat eine nackte Konkursforderung; er selber aber muß voll leisten!

[11]) vgl. Prot. Bd. 2 S. 108.

[12]) vgl. Blum § 19. Über die gesetzgeberischen Beweggründe Prot. Bd. 3 S. 112ff.

[13]) vgl. KO. §§ 193, 221 Abs. 2.

gemäß § 47 KO. Absonderung betreiben. Das praktische Resultat wäre das gleiche; der Gläubiger erlangt den Gegenstand. Das sähe fast so aus wie Aussonderung, wäre jedoch keine. Indessen lehnen wir diese Ansicht Biermanns deshalb ab, weil die vorgemerkte Kaufsachforderung kein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke, keine Grundstücksbelastung ist. Die Ansicht der Kommission für die zweite Lesung,[14]) die für abgesonderte Befriedigung war, wurde mit Recht verworfen. Obige Ansicht setzt sich zudem in Widerspruch mit dem § 1971 Satz 2 BGB., wo die Vormerkungsgläubiger in Gegensatz zu den Absonderungsberechtigten gebracht sind.

Ebenso stellt der erwähnte Satz 2 die Vormerkungsgläubiger in Gegensatz zu den Aussonderungsberechtigten. Das erkennt Jaeger (zu § 24 Anm. 14) auch an, spricht demzufolge dem vorgemerkten Anspruch eine Sonderstellung im Konkurse zu; gemäß seiner oben § 4 abgelehnten Auffassung der Vormerkung kommt er aber doch wieder zum Resultate, daß die Eigentumsvormerkung ein bedingtes Aussonderungsrecht gäbe.[15])

Daß der Konkurs der „Prüfstein der Dinglichkeit“ [16]) sei, wenigstens in dem Sinne, daß ein Recht, das nicht standhält, nicht dinglich ist, trifft hier also nicht zu: die Vormerkung schlägt durch; das dingliche Vorkaufsrecht versagt bald teilweise (KO. § 17), bald ganz. Dies Resultat erklärt sich, abgesehen von Erwägungen der Zweckmäßigkeit, teils aus der merkwürdigen Dinglichkeit des Vorkaufsrechtes, teils daraus, daß der Konkurs hereinbricht in einem Stadium, in dem das Vorkaufsrecht noch unentwickelt, noch zweimal bedingt ist und dem Gesetzgeber daher nicht so schützenswert erscheint..

§ 17.

Wirkungen der Rechte nach Verpflichtung, aber vor Verfügung an den Dritten.

1. Wie schon in der Einleitung dargelegt, will die Vormerkung eine dingliche Rechtsänderung, eine Verfügung, das Vorkaufsrecht dagegen in erster Linie ein obligatorisches, bloß das dingliche in zweiter Linie auch ein dingliches Geschäft sicherstellen. Bei der Vormerkung gibt es daher bloß ein auslösendes Moment, einen kritischen Vorgang für die Weiterentwicklung der Wirkungen, die Verfügung an einen Dritten.

[14]) Prot. Bd. 3 S. 109.
[15]) Für Aussonderung auch Fuchs Bd. 1 S. 112.
[16]) Pflüger im ArchZivPrax. Bd. 79 S. 424; Cosack Bd. 2 S. 2 Anm. 4.

Vorher sind die Rechtswirkungen dieselben, gleich, ob an einen Dritten verkauft ist oder nicht; ein bloß obligatorisches Geschäft mit dem Dritten ist belanglos. Es gibt bloß zwei Entwicklungsstufen.

2. Dagegen sind beim Vorkaufsrechte zwei auslösende Momente vorhanden, die die Entwicklung weiterbringen, einmal der Abschluß des obligatorischen Geschäftes und dann der Abschluß eines dinglichen Geschäftes mit einem Dritten. Es sind demnach nicht wie bei der vorgemerkten Kaufsachforderung die Wirkungen vor Veräußerung dieselben, sondern es ist hier wieder eine Unterscheidung zu machen, ob ein Verkauf an den Dritten noch nicht stattgefunden hat oder doch. Während bei der vorgemerkten Kaufsachforderung von vornherein ein (gesetzlich) unbedingter Anspruch gegeben ist, hat beim Vorkaufsrechte der Berechtigte auf der ersten Stufe bloß einen bedingten Anspruch. Im zweiten Stadium nun, das mit Abschluß des Verkaufes an den Dritten beginnt und mit der Ausübungserklärung abschließt, reift das Vorkaufsrecht zur Vollendung des unbedingten Anspruches heran, erklimmt der Berechtigte eine Höhe, auf der der Vormerkungsgläubiger von Anfang an steht. Hier angelangt, nähert sich dann das dingliche Vorkaufsrecht der vorgemerkten Kaufsachforderung außerordentlich an, teilt mit ihr aber auch manche Schwächen, die ihm vorher fremd waren.

3. Bevor aber darauf eingegangen werden kann, ist kurz das Heranreifen der Vorkaufsrechte zum Stadium des unbedingten Anspruches zu schildern.

a) Dazu ist zunächst der Eintritt der ersten Suspensivbedingung erforderlich; der Verpflichtete muß einen Kaufvertrag mit einem Dritten abschließen. Wann ein solcher vorliegt und welche Fälle nicht darunter fallen, ist schon oben bei den Erlöschungsgründen behandelt.

Es genügt also nicht wie im gemeinen Recht, daß der Dritte und der Verpflichtete sich zum Abschlusse eines Vertrages für geneigt erklärt haben. Diese Verschärfung sichert eine genauere Feststellung der Verkaufsbedingungen, trägt aber viel dazu bei, das betreffende Objekt unveräußerlich und somit auch das Vorkaufsrecht unausübbar zu machen, dieses dem Veräußerungsverbot anzunähern.

Ist ein Kaufvertrag abgeschlossen, so ist der Verpflichtete gehalten, dies dem Berechtigten mitzuteilen, eine Pflicht, die aus dem Bestellungsvertrage entspringt.[1]) Die Mitteilung ist formlos. Sie muß den genauen Inhalt des Vertrages enthalten,

[1]) Woraus aber bei der Gestaltungsrechtstheorie?

auch wohl den Namen des Dritten, kurzum alles, was der Berechtigte wissen muß, um sich über Ausübung oder Nichtausübung des Rechtes schlüssig zu werden; eine Aufforderung, das Vorkaufsrecht auszuüben, braucht sie nicht zu enthalten. Die Verletzung der Anzeigepflicht macht den Verpflichteten schadensersatzpflichtig, niemals aber den Dritten, da dieser wohl ein Recht, aber keine Pflicht zur Mitteilung hat.

b) Mit der Anzeige beginnt die Präklusivfrist zu laufen, innerhalb deren der Berechtigte nach freiem Belieben den Eintritt der zweiten Suspensivbedingung herbeiführen, durch Ausübung des Vorkaufsrechtes den Vertrag zum unbedingten machen kann. Die Präklusivfrist ist nur eine Endfrist, die Anzeige also nicht Voraussetzung der wirksamen Ausübung. Die Erklärung ist empfangsbedürftig, aber nicht annahmebedürftig; sie bedarf nicht der Form des betreffenden Vertrags.[2]) Der Empfangsgegner ist immer der Verpflichtete, nie der Dritte. Bei mehreren Kaufverträgen des Verpflichteten mit Dritten hat der Berechtigte die Wahl, bezüglich welchen er sein Vorkaufsrecht ausüben will.

c) Mit Abgabe der Ausübungserklärung kommt der Vorkauf zustande unter den Bedingungen, die der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat.[3]) Nachträgliche Abänderungen zwischen Verpflichtetem und Drittem sind also irrelevant. Der Anspruch aus dem ausgeübten Vorkaufsrecht ist beim obligatorischen verjährbar, beim dinglichen dagegen nicht gemäß § 902 BGB.

d) Endlich ist hier noch zu prüfen, welches die Wirkungen sind, wenn a) nach Eintritt der ersten Bedingung, b) nach Eintritt der zweiten Bedingung Konkurs oder Zwangsversteigerung das Objekt des Vorkaufsrechtes in Mitleidenschaft ziehen.

Tritt Konkurs des Verpflichteten nach Verkauf an den Dritten, aber vor Ausübung des Rechts ein, so hat der Konkursverwalter gegenüber dem Dritten das Wahlrecht des § 17 KO. Wählt er Erfüllung, so kann der Berechtigte sein Vorkaufsrecht ausüben, und zwar auch ein obligatorisches, da ja kein vom Verwalter abgeschlossener Verkauf vorliegt. Die Mitteilungspflicht hat, wenn ihr noch nicht genügt ist, der Verwalter. Gegenüber dem Vorkäufer hat der Verwalter dann nicht nochmals das Wahlrecht; denn er hat sich ja bereits erklärt.

Spricht sich aber der Verwalter dem Dritten gegenüber wider die Erfüllung aus, so hat letzterer einen Anspruch auf

---

[2]) § 505 Abs. 1 Satz 2 BGB., ein starkes Argument gegen die Richtigkeit der Gestaltungsrechtstheorie, da für sie doch (analoge) Anwendung des § 313 BGB. auf der Hand läge.

[3]) BGB. § 505 Abs. 2.

Schadensersatz wegen Nichterfüllung des gegenseitigen Vertrages. Der Vertrag bleibt also bestehen, wird bloß nicht erfüllt. Deshalb kann auch in diesem Falle der Berechtigte vorkaufen und den Schadensersatz verlangen. Auch der Dritte hat eventuell in diesem Falle einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung; nur ist es nicht mehr der speziell konkursrechtliche infolge Ausübung des Wahlrechts nach KO. § 17.

Tritt der Konkurs erst nach Abgabe der Vorkaufserklärung ein, aber vor Übertragung an den Berechtigten, so hat der Verwalter gegenüber dem Vorkäufer (auch beim dinglichen Vorkaufsrechte) das Wahlrecht (die Begründung s. § 16, 4.[4])

Bricht die Zwangsvollstreckung nach Verkauf, aber vor Ausübung herein, so kann sowohl das obligatorische wie das dingliche Recht noch ausgeübt werden, da kein Fall des § 512 BGB. vorliegt. Jenes führt aber nicht zum Ziele, wohl aber dieses, sofern es dem betreibenden Gläubiger vorgeht, da es diesem gegenüber die Wirkungen der Vormerkung äußert. Das gleiche gilt, wenn erst nach Ausübung des Rechtes zwangsvollstreckt wird.

In der Zwangsvollstreckung führt demnach ein obligatorisches Vorkaufsrecht nur dann, wenn es durch Vormerkung gesichert ist, zum selben praktischen Ergebnisse wie ein dingliches, während im Konkurse sich beide in diesem Stadium gleichstehen.

§ 18.

Wirkungen der Rechte zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem (Gläubiger und Schuldner) nach Verfügung an den Dritten.

Meist finden die Rechte durch Übertragung des Gegenstandes an den Berechtigten (Gläubiger) ihr natürliches Ende; möglicherweise überträgt aber der Gegenkontrahent das Eigentum auf einen Dritten; daß er das auch beim dinglichen Vorkaufsrechte und der vorgemerkten Kaufsachforderung kann, haben wir im § 15 gesehen. Der Unterschied dieser Rechte zum obligatorischen Vorkaufsrecht zeigt sich erst später, wenn sich der Geschützte damit nicht zufrieden geben will. In diesem Falle gestaltet sich das Rechtsverhältnis zwischen Be-

[4]) Teilweise abweichend Jaeger zu § 24 Anm. 4. Danach kann z. B. der Verwalter, wenn er die Erfüllung des Vorverkaufs abgelehnt hat, auf Erfüllung des Vorkaufs bestehen, ferner das Vorkaufsrecht dadurch noch vereiteln, daß er den vor Eröffnung liegenden Vorverkauf nicht erfüllt und jetzt das Grundstück zwangsversteigert. Vgl. auch Mot. Bd. 3 S. 455.

rechtigtem und Verpflichtetem (Gläubiger und Schuldner) im einzelnen folgendermaßen:

1. Beim obligatorischen Vorkaufsrechte bleibt der Dritte endgültig Eigentümer, selbst wenn er das Recht kannte. Dem Berechtigten stehen gegen den Verpflichteten die Rechte aus BGB. § 325 zu.

2. Beim dinglichen Vorkaufsrecht und der vorgemerkten Kaufsachforderung dagegen kommt der Geschützte noch nachträglich zu seinem Rechte. Den Weg hierzu weist ihm BGB. § 883 Abs. 2, wonach eine Verfügung,[1]) die nach Eintragung der Vormerkung getroffen wird, insoweit unwirksam ist, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, und § 888, wonach der Vormerkungsgläubiger vom Erwerber die Zustimmung zur Löschung verlangen kann. Die Bestimmungen der Vormerkung sollen Dritten gegenüber auch für das dingliche Vorkaufsrecht gelten (BGB. § 1098 Abs. 2).

a) Zunächst ist festzustellen, daß demgemäß nicht nur § 888, sondern auch § 883 Abs. 2 auf das Vorkaufsrecht Anwendung findet. Mathiaß[2]) will hier einen Unterschied zur Vormerkung herausfinden und behauptet, der § 883 Abs. 2 gelte nicht für das dingliche Vorkaufsrecht, da er nicht das Verhältnis zwischen Gläubiger und Drittem, sondern lediglich zwischen Gläubiger und Schuldner regele. Diese Ansicht ist zurückzuweisen.

§ 883 Abs. 2 sagt bloß, daß gegenüber dem Gläubiger eine derartige Verfügung unwirksam ist, sagt indessen nicht, im Verhälnis zu wem. Zu ergänzen ist nun nicht, wie Mathiaß ohne allen Grund annimmt, nur im Verhältnis zum Schuldner, sondern im Verhältnis zu jedermann, der Rechte am Grundstücke hat oder durch die unwirksame Verfügung erhält, also auch im Verhältnis zum Dritten.

Aber selbst wollte man einen Augenblick der anderen Ansicht folgen und annehmen, die Verfügung sei im Verhältnis von Gläubiger und Drittem wirksam: Wenn trotzdem, was auch Mathiaß annimmt, zwei dem Dritten gegenüber völlig Unberechtigte, der Schuldner und der Gläubiger, über dessen Eigentum gültige Verfügungsgeschäfte schließen können, soll das keine Wirkung gegen Dritte sein? Merkwürdig sachte muß doch der gegnerischen Ansicht die Ausdrucksweise des Gesetzes erscheinen, wenn es diese Tatsache lediglich dahin formuliert,

---

[1]) Ein Rechtserwerb ex lege, z. B. die Buchersitzung, bleibt unberührt.
[2]) a. a. O. Bd. 2 S. 135, ihm folgt Hilscher S. 25, ebenso die dort S. 26 N. 7 genannten. Wie hier die herrschende Ansicht.

daß es gegen den Dritten einen Anspruch auf die eine sekundäre Rolle spielende Zustimmung gibt, weiter nichts. In diesem Falle hätte auch das Gesetz den einfacheren Weg gehen können und dem Gläubiger gegen den Dritten, der ihm gegenüber ja nach dieser Ansicht Eigentümer geworden ist, einen direkten Anspruch auf Auflassung gegeben (vgl. § 19, 2). Auch ist es eine höchst unnatürliche Annahme, daß es dem Gläubiger gegenüber zwei Eigentümer geben soll, den Schuldner und den Dritten. Entnimmt man aus § 883 Abs. 2, daß der Schuldner dem Gläubiger gegenüber noch Eigentümer ist, so muß man doch auch annehmen, daß der Dritte noch nicht Eigentümer geworden ist.

Dazu kommt, daß der nur eine formelle Regel aufstellende § 888 selber auf den § 883 Abs. 2 als seine Grundlage verweist. Auch macht die Anwendung des § 883 auf Dritte nicht, wie man vielleicht denken könnte, den § 888 überflüssig im Hinblick auf § 894. Denn dem Gläubiger steht gegen den Dritten eine Berichtigungsklage deshalb nicht zu, weil nicht sein Recht, sondern das des Schuldners nicht eingetragen ist, dem Schuldner aber nicht, da ihm gegenüber der Dritte Eigentümer ist.

b) Nun über den Umfang der Unwirksamkeit! Vorausgestellt sei das erstrebenswerte Resultat. Bei der vorgemerkten Kaufsachforderung ist es billig, daß nicht bloß die Eigentumsübertragung, sondern auch die nach Eintragung erfolgten Belastungen usf. rückgängig gemacht werden können. Dagegen wäre dies Ergebnis beim dinglichen Vorkaufsrechte ungerecht, da die in der Zeit zwischen Bestellungsvertrag und Vorverkauf erfolgten Belastungen schon bei Festsetzung des Vorverkaufspreises berücksichtigt sind, dieser um soviel niedriger sein wird. Zudem entspricht es weder dem Zwecke des Vorkaufsrechtes noch auch der Absicht des Gesetzgebers,[3]) daß weitere gültige Belastungen unmöglich sein sollen. Bloß Belastungen, die zwischen Vorverkauf und Übertragung an den Berechtigten auf das Grundstück gelegt sind, müssen zu beseitigen sein.

aa) Wohl diesem Ergebnisse zuliebe kommt nun Mathiaß zu seinem unter a) abgelehnten Resultate; so meint er zum ersehnten Ziele zu kommen. Belastungen des Grundstückes beim dinglichen Vorkaufsrechte seien zulässig und samt und sonders dem Berechtigten gegenüber wirksam. Eine bittere Pille müsse dabei allerdings geschluckt werden; auch Belastungen in der Zeit zwischen Vorverkauf und Übertragung an den Be-

[3]) vgl. Mot. Bd. 3 S. 450 ff.

rechtigten könnten leider nicht rückgängig gemacht werden; doch müsse man dies Opfer der Konsequenz schon bringen.

Das Schlimme dabei ist nur, daß sich nicht einmal dies mangelhafte Resultat so rechtfertigen läßt. Denn nach § 888 muß der „Erwerber" seine Zustimmung geben, und damit ist, wie aus dem Zusammenhange hervorgeht, nicht der Erwerber bloß des Grundstückes gemeint, sondern auch der eines Rechtes am Grundstücke; das Reichsgericht hat dies ausdrücklich anerkannt.[4])

Dernburg[5]) meint, selbst bei Annahme der Anwendbarkeit des § 883 Abs. 2 zum obigen Resultate (Gültigkeit aller Belastungen) zu kommen, indem er als Beeinträchtigung des Rechts nur die Weiterveräußerung, nicht aber Weiterbelastungen gelten läßt. Dem widerspricht schon die ausdrückliche Hervorhebung der Beeinträchtigung neben der Vereitelung, schlagend aber der § 883 Abs. 2 Satz 2 selber. Dieser spricht von Verfügungen im Wege der Arrestvollziehung, und solche treten bei Grundstücken nur in Gestalt einer Sicherungshypothek auf.[6])

bb) Zum umgekehrten und allerdings praktisch unannehmbaren Resultate, d. h. zur Unwirksamkeit sämtlicher seit Buchung des Vorkaufsrechtes eingetragenen Belastungen, kommt Immerwahr S. 328 f.[7]) Die Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechtes kommt nach ihm praktisch der Sperrung des Grundbuches gleich. Das Ergebnis ist scheinbar konsequent, beruht aber auf einer oberflächlichen Gleichsetzung von vorgemerktem unbedingten Anspruche und dem bedingten Anspruche aus dem Bestellungsvertrage des dinglichen Vorkaufsrechtes. Behält man diesen Unterschied im Auge, so ergibt sich u. E. das erwünschte Resultat völlig zwanglos aus dem Gesetze selber.[8])

cc) § 883 Abs. 2 sagt: Die Verfügung ist insoweit unwirksam, als sie „den" Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Es kommt also darauf an, welcher Anspruch gesichert ist. Das ist bei der vorgemerkten Kaufsachforderung derjenige Anspruch, der sich aus dem Kaufe ergibt, d. h. der Anspruch auf Übertragung des Grundstückes in der Gestalt und mit den Belastungen, wie sie bei Abschluß des Kaufvertrages vorhanden sind. Daraus ergibt sich die Unwirksamkeit aller Belastungen ab Eintragung der Vormerkung.

---

[4]) RG. Bd. 53 S. 29.

[5]) Dernburg Bd. 2, 2 S. 96; ebenso Turnau-Förster Bd. 1 S. 521; Hilscher S. 26 f.

[6]) ZPO. § 932.

[7]) Ebenso Fuchs S. 353; Biermann, Sachenrecht S. 286.

[8]) Zu ihm gelangen auch, aber nur aus Zweckmäßigkeitsgründen, Cosack Bd. 2 S. 314; Keetmann S. 57; Planck zu § 1094 Anm. 3.

Bei dem dinglichen Vorkaufsrechte dagegen ist derjenige Anspruch geschützt, der sich aus dem Bestellungsvertrage ergibt. Das ist der Anspruch auf zukünftige Übertragung des Grundstückes, nämlich dann, wenn die beiden Bedingungen eingetreten sind. Aber nicht etwa Übertragung in der Gestalt zur Zeit des Bestellungsvertrages; denn das würde allerdings nicht nur zum Resultate Immerwahrs führen. Darüber hinaus hätte der Berechtigte wegen aller anderen bis zum Augenblicke der Ausübung eingetretenen Veränderungen diejenigen Ansprüche, die jeder Käufer hat, wenn sich die Kaufsache zwischen Kaufabschluß und Eigentumsübertragung verändert. Gesichert ist vielmehr der Anspruch auf Übertragung des Grundstückes in dem Zustande und mit den Belastungen, wie sie sich im Augenblicke des Vorverkaufes vorfinden.[9]) Daraus ergibt sich von selber, daß Belastungen, die vor Verkauf an den Dritten auf das Grundstück gelegt werden, dem Berechtigten gegenüber wirksam, spätere dagegen unwirksam sind.

c) Eigenartig ist die Natur der Unwirksamkeit. Gegenüber dem Berechtigten ist die Verfügung nicht vorhanden, existiert nicht, ist der Schuldner (Verpflichtete) noch Eigentümer; dies alles gilt schon jetzt, nicht erst bei Geltendmachung der Unwirksamkeit. Es handelt sich also nicht um eine bedingte, sondern um eine unbedingte Unwirksamkeit, eine sogen. relative Unwirksamkeit.

d) Demgemäß hat der Vorkaufsberechtigte (Gläubiger) gegen den Verpflichteten (Schuldner) als Hauptanspruch denjenigen auf Auflassung. Diesen zu erfüllen, ist dieser in der Lage; denn wenn er vor dem Grundbuchamte Seite an Seite mit dem Berechtigten erscheint, ist er ja noch der Eigentümer, nicht der eingetragene Dritte; der muß bloß seine Zustimmung geben (vgl. § 19).

Ferner hat der Berechtigte (Gläubiger) den Anspruch auf Übergabe, entweder nach § 453 BGB. oder später nach Eintragung auch nach § 885, sofern der Verpflichtete noch besitzt.

Endlich hat der Berechtigte (Gläubiger) einen Schadensersatzanspruch. Dieser wird hier, wo er immerhin noch das Grundstück erlangt, niedriger sein als beim obligatorischen Vorkaufsrechte, bloß etwaige Prozeßkosten und erhöhte Grundbuchgebühren umfassen.

---

[9]) Diese Betrachtungen widerlegen auch den von Lewandowski S. 8—10 gegen unsere Theorie des Vorkaufsrechtes gemachten Vorwurf, hier fehle die den bedingten Verträgen eigentümliche anwartschaftliche Gebundenheit.

3. Eigenartig geregelt ist aus praktischen Gründen die Preiszahlung beim dinglichen Vorkaufsrechte. Der Berechtigte hat dem Verpflichteten nur denjenigen Teil des Kaufpreises zu zahlen, den der Dritte noch nicht erlegt hat; den schon gezahlten Teil bekommt dieser vom Berechtigten zurückerstattet, der schon mit Eintritt der Erstattungspflicht, d. h. mit seiner Eintragung als Eigentümer, dem Verpflichteten gegenüber insoweit frei wird (BGB. §§ 1101, 1100). Dagegen ist beim obligatorischen Vorkaufsrechte und der vorgemerkten Kaufsachforderung der Preis immer voll und ganz an den Verpflichteten (Schuldner) zu bezahlen.

§ 19.

Wirkungen der Rechte zwischen Berechtigtem (Gläubiger) und Drittem nach Verfügung an den Dritten.

Wie in § 18, müssen wir auch hier eine scharfe Trennung machen zwischen obligatorischem Vorkaufsrecht einerseits, dem dinglichen und der vorgemerkten Kaufsachforderung andererseits.

1. Beim obligatorischen Vorkaufsrechte entstehen zwischen Berechtigtem und Drittem überhaupt keine Rechtsbeziehungen. Höchstens hat der Berechtigte gegen den Dritten einen Schadensersatzanspruch aus BGB. § 826, aber keineswegs schon dann, wenn der Dritte vorsätzlich das Vorkaufsrecht durch Mitwirken beim Verfügungsgeschäfte vereitelt. Diese Schadensersatzpflicht ist keine speziell dem Vorkaufsrechte eigene wie etwa die, die sich wegen Verletzung der Mitteilungspflicht gegen den Verpflichteten richtet. Daß der Dritte keine Mitteilungspflicht, sondern nur ein Mitteilungsrecht hat, sich durch Unterlassen also nicht schadensersatzpflichtig macht, ist schon erwähnt. Der Kaufpreis ist ebenfalls immer ganz an den Verpflichteten, nie an den Dritten zu zahlen.

2. Anders bei der vorgemerkten Kaufsachforderung und dem dinglichen Vorkaufsrechte. Letzteres unterscheidet sich vom obligatorischen gerade durch seine Wirkungen gegen Dritte; und zwar ist bezüglich dieser Wirkungen auf die Vormerkung verwiesen, so daß wir beides hier zusammen behandeln können.

Der Berechtigte (Gläubiger) hat als Hauptanspruch gegen den Dritten denjenigen auf Zustimmung zur Auflassung. Diese kann durch Urteil ersetzt werden.[1]) Die Bestimmung wurzelt im Grundgedanken des Grundbuchsystems, daß keine Änderung ohne Bewilligung desjenigen vor sich gehen soll, dessen wenn

[1]) BGB. § 888; ZPO. § 894.

auch nur formelles Recht betroffen wird. Der Anspruch aus § 888 speziell enthält Elemente der materiellen Bewilligung (hinsichtlich des Verpflichteten) und des Anspruchs auf Berichtigung (hinsichtlich des Berechtigten). § 888 stellt sich also nicht als Spezialfall des § 894 BGB. dar.

Dagegen kann der Berechtigte (Gläubiger) nicht direkte Auflassung an sich vom Dritten fordern.[2]) Das ist deshalb ausgeschlossen, weil ja gegenüber dem Berechtigten immer noch der Verpflichtete Eigentümer ist; der Dritte wäre also gar nicht zur Auflassung legitimiert, und der Berechtigte könnte von ihm, da schlechtgläubig, kein Eigentum erwerben. Der Dritte spielt nur eine sekundäre, passive Rolle. Doch wird man eine Verbindung der Prozesse gegen den Verpflichteten auf Auflassung und gegen den Dritten auf Zustimmung für zulässig erklären.[3])

Der Zustimmungsanspruch richtet sich auch gegen weitere Dritte, denen der (ihnen gegenüber ja als Eigentümer geltende) Ersterwerber das Grundstück weiterübertragen oder zu deren Gunsten er es belastet hat. Sonst könnte das Recht des Berechtigten (Gläubigers) leicht vereitelt werden.

Hat nun der Berechtigte (Gläubiger) auf diese Weise seine Eintragung erlangt, so steht ihm als weiterer Anspruch gegen den besitzenden Dritten derjenige auf Herausgabe des Grundstückes zu.[4])

3. Diesen Ansprüchen gegenüber kann der Dritte nur die Einreden geltend machen, die dem Verpflichteten aus dem persönlichen Verhältnis dem Vorkäufer (Gläubiger) gegenüber zustehen.[5]) Nicht stehen ihm dagegen die Einreden zur Verfügung, die er selber gegen den Verpflichteten hat.

Außerdem aber kommen ihm beim dinglichen Vorkaufsrechte, nicht also gegenüber dem Vormerkungsgläubiger, die Spezialbestimmungen des § 1100 zu Hilfe, die ihm einmal eine Einrede, sodann ein Klagerecht geben.

Darnach kann zum ersten der neue Eigentümer seine Zustimmung zur Eintragung und die Herausgabe des Grundstückes unter zwei Voraussetzungen verweigern. Er muß entweder selber vom Verpflichteten gekauft haben oder aber Rechtsnachfolger (auch Sondernachfolger) des Ersterwerbers geworden sein. Ferner muß der zwischen Verpflichtetem und dem ersten

---

[2]) Anders z. B. Katz S. 79; R. Bd. 53 S. 28.
[3]) vgl. ZPO. § 60.
[4]) BGB. § 985.
[5]) vgl. Biermann, Sachenrecht S. 287; Crome Bd. 3 S. 579; Endemann Bd. 3 S. 698; Prot. Bd. 3 S. 363.

Erwerber vereinbarte Kaufpreis ganz oder teilweise an den Verpflichteten berichtigt sein, ohne daß die gezahlte Summe dem letzten Erwerber vom Berechtigten bereits erstattet wäre. Zur Berichtigung an den Verpflichteten ist der Käufer nur bis zum Verluste des Eigentums (verpflichtet und) berechtigt (§ 1102 BGB.). Aus einer nachherigen Zahlung an den Verpflichteten kann der (auf Herausgabe) Belangte keine Einrede mehr herleiten.

Zum zweiten erlangt der Dritte mit der Eintragung des Berechtigten gegen diesen ein direktes Klagerecht auf Erstattung des berichtigten Kaufpreises gegen Herausgabe des Grundstückes.

Diese komplizierte Regelung verfolgt vor allem den Zweck, doppelte Zahlungen zu vermeiden; auch soll der Dritte nicht wegen des schon gezahlten Kaufpreises auf einen Bereicherungsanspruch gegen den vielleicht zahlungsunfähigen Verpflichteten angewiesen sein.

Das dargestellte Leistungsverweigerungs- und Klagerecht muß man, obwohl das Gesetz schweigt, auch dem zubilligen, der vom Verpflichteten nur eine (unwirksame) Belastung zu seinen Gunsten erwirkt hat. Der Verpflichtete hat ihm z. B. nach Verkauf an den Dritten einen Nießbrauch bestellt. Folgerichtig muß man dann die Rechte auch demjenigen zubilligen, der vom Dritten eine Belastung erwirkt hat.

Darüber, ob auf obiges Zurückbehaltungsrecht subsidiär die §§ 1000ff. BGB. Anwendung finden, und ob sie neben ihm, z. B. für Ersatz von Verwendungen, gelten, herrscht Streit.[6])

Hat dagegen der Dritte nur den Besitz, nicht das Eigentum erlangt — und daselbe gilt bei der vorgemerkten Kaufsachforderung in allen Fällen —, so regelt sich das Verhältnis zwischen ihm und dem Berechtigten (Gläubiger) ausschließlich nach den §§ 994—1003. Wegen des etwa bezahlten Kaufpreises kann daher kein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden.[7]) Ein solches ist ebenfalls wegen der Auflassungskosten, und zwar auch beim dinglichen Vorkaufsrechte durchweg, versagt.

4. Mit Auflassung und Eintragung erwirbt der Berechtigte (Gläubiger) dasjenige Zubehör, das dem Dritten mit verkauft ist und im Eigentume des Verpflichteten gestanden hat.[8]) Fraglich dagegen ist das Schicksal derjenigen Zubehörstücke, die dem Verpflichteten (Schuldner) nicht gehörten, aber vom Dritten

---

[6]) vgl. Keetmann S. 90 N. 3.

[7]) Das ist a contrario aus § 1100 zu schließen. Anders Immerwahr S. 337; Planck zu § 1100 Anm. 2a.

[8]) vgl. BGB. §§ 314, 926; §§ 1096, 926.

kraft seines guten Glaubens zu Eigentum erworben sind. Muß dieser sie an den Berechtigten (Gläubiger) herausgeben? Planck zu § 1096 bejaht dies für das Vorkaufsrecht, da das Prinzip gelte, „daß nach der Ausübung der Vorkäufer möglichst dieselbe Stellung erlangt, die der Dritte einnimmt“.[9]) In diesem Sinne ist das nicht richtig; denn der Berechtigte soll bloß in obligatorischer, nicht aber in dinglicher Hinsicht dem Dritten gleichgestellt sein. Der § 505 Abs. 2 sagt: Der „Kauf“ kommt unter denselben Bestimmungen zustande. Dem Berechtigten gegenüber ist ja der Dritte gar nicht Eigentümer geworden; wenn jener das eine Mal aus dem Nichteigentümerwerden des Dritten Rechte herleitet, so kann er nicht das andere Mal den Spieß umkehren und aus dem Doch-Eigentümerwerden noch weitere Rechte herausschlagen. Diese Objekte sind zwar, wie dem Dritten, so dem Berechtigten mitverkauft, aber hinsichtlich des Eigentumserwerbes kommt es nicht auf den früheren guten Glauben des Dritten, sondern auf den jetzigen guten Glauben des Berechtigten an; gemäß § 926 Abs. 2 finden die §§ 932—936 Anwendung.

Das Gesagte gilt ebenso für die vorgemerkte Kaufsachforderung.

5. Fällt der Dritte in diesem Stadium in Konkurs, so hat der dinglich Vorkaufsberechtigte (Gläubiger) ein Aussonderungsrecht; er kann die Nichtzugehörigkeit des Grundstückes zur Masse geltend machen (§ 43 KO.). Ihm gegenüber ist ja der Dritte nicht Eigentümer. Von Absonderung kann hier (abgesehen von dem § 16, 4 angeführten Grunde) schon deshalb keine Rede sein, weil diese nur an Gegenständen des Gemeinschuldners betrieben werden kann. Aus demselben Grunde findet KO. § 24 hier keine Anwendung.

Wir kommen hier bei beiden Rechten zum gleichen Resultate, während wir beim Konkurse des Verpflichteten zu verschiedenen Ergebnissen gelangten, weil wohl der Konkursverwalter des Dritten, nicht aber der des Verpflichteten (Schuldners) ein Dritter ist, letzterenfalls das Vorkaufsrecht also nicht die Wirkung der Vormerkung hat.

§ 20.

Wirkungen der Rechte zwischen Verpflichtetem (Schuldner) und Drittem nach Verfügung an den Dritten.

1. Beim obligatorischen Vorkaufsrecht vereitelt die Übertragung an den Berechtigten endgültig den Erwerb durch den

[9]) So formuliert Keetmann S. 91.

Dritten. Zwischen Berechtigtem und Drittem entscheidet die Prävention. Es liegen zwei Verkäufe derselben Sache vor, von denen keiner bevorzugt ist.

Der Dritte kann im obigen Falle die Rechte aus BGB. § 325 geltend machen. Rückgabe des etwa schon gezahlten Preises kann der Dritte nur vom Verpflichteten, nicht, wie beim dinglichen Vorkaufsrecht, vom Berechtigten verlangen.

Der Verpflichtete kann den Käufer auf das Bestehen des Vorkaufsrechtes aufmerksam machen und sich Schadlosigkeit zusichern lassen. Diese Zusicherung wird man im Zweifel als gegeben annehmen, wenn der Dritte trotz Kenntnis kauft. Nicht schon aus § 439 Abs. 1 BGB. dagegen wird diesenfalls der Verpflichtete von seiner Haftung befreit,[1]) da es sich nicht um einen Mangel im Rechte handelt. Ein solcher muß im Moment des dinglichen Geschäftes vorhanden sein,[2]) und „verschafft" wird hier entweder mängelfrei oder gar nicht.[3])

Auch kann der Verpflichtete dem Käufer ein Rücktrittsrecht einräumen oder umgekehrt für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechtes. Eine derartige Vereinbarung aber wirkt bloß zwischen den Kontrahenten, nicht gegenüber dem Berechtigten.[4])

2. Wird beim dinglichen Vorkaufsrecht oder der vorgemerkten Kaufsachforderung dem Dritten das Eigentum wieder entrissen, so hat er gegen den Verkäufer einen Gewährleistungsanspruch;[3]) hier allerdings ist der letztere haftfrei, wenn der Dritte den Mangel bei Kaufabschluß kannte. Dies wird hier im Gegensatz zum obligatorischen Vorkaufsrechte meistens, braucht aber nicht immer der Fall zu sein; denn auch hinsichtlich der Kenntnis vom Vorhandensein des Grundbucheintrages steht Kennenmüssen dem Kennen nicht gleich.[5])

3. Beim dinglichen Vorkaufsrechte speziell hat der Verpflichtete dem Dritten sofort Anzeige zu machen, wenn der Berechtigte sein Vorkaufsrecht ausübt oder die Ausübung ausgeschlossen ist.[6])

Seinen schon gezahlten Kaufpreis kann der Dritte nicht wie bei der vorgemerkten Kaufsachforderung vom Verkäufer zurück-

---

[1]) Falsch Keetmann S. 54; Rudert S. 41.

[2]) vgl. § 434; nur hinsichtlich der Kenntnis des Mangels ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses maßgebend.

[3]) BGB. § 434.

[4]) BGB. § 506.

[5]) Ebenso Fischer-Henle zu § 439 Anm. 2; unrichtig Keetmann S. 53; Reuß S. 52. Lediglich bloße Unkenntnis über die rechtliche Tragweite eines bekannten Mangels steht der Kenntnis gleich (vgl. R. Bd. 52 S. 169).

[6]) BGB. § 1099 Abs. 2.

verlangen,[7]) da er einen weitgehend gesicherten Anspruch gegen den Berechtigten auf Erstattung hat (§ 1100 BGB.). Sonst würde auch der Zweck der gesetzlichen Bestimmungen, die Vermeidung überflüssiger Zahlungen, vereitelt. Verliert der Käufer oder sein Rechtsnachfolger das Eigentum an den Berechtigten, so wird der Käufer kraft Gesetzes (BGB. § 1102) von seiner Verpflichtung gegenüber seinem Verkäufer, dem Verpflichteten, frei, soweit der Kaufpreis noch nicht berichtigt ist. Dies gilt also nicht für den Rechtsnachfolger des Käufers gegenüber diesem.

[7]) BGB. § 1102 Halbsatz 2.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Der Verfasser ist geboren am 2. Mai 1892 in Handschuhheim bei Straßburg i. E., wo er von Ostern 1898 bis Herbst 1902 die Elementarschule besuchte. Dann trat er in die Quinta des Protestantischen Gymnasiums zu Straßburg ein und bestand daselbst im Sommer 1910 die Reifeprüfung. Dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften lag er an den Universitäten Straßburg, Berlin und München ob und beteiligte sich während dieser Zeit an den Vorlesungen und Übungen der Herren Professoren und Privatdozenten:

v. Amira, Brunner, Dickel, Gareis, v. Gierke, Jung, Kisch, Kitzinger, Klee, Knapp, Kohler, Köhler, Laband, M. E. Mayer, Redslob, Rehm, Frhr. v. Schwerin, Seckel, v. Seuffert, Sickel, v. Tuhr, Wagner, Sartorius Frhr. v. Waltershausen, Wenger, Wittich, Wolff, Zimmermann,

denen er auch an dieser Stelle nochmals seinen wärmsten Dank ausspricht. Die Referendarprüfung bestand er am 26. Juni, die mündliche Doktorprüfung am 24. Juli 1914.